KÖPRÜLÜ KÜT.
622



في ذكر حكم النعلين

ما وقع في الاطراف



٦٢٢

حسبي الله

دخل هذا المجلد مع المجلد الاول بفضل الله عز وجل
في سلك تملك العبد الفقير الاقل المبتلي بصغره
المحل وصغره الوجل عبد الحليم فخر محمد العاملي
بالعسكر المنصور بولاية روم ايلي المحروسة
عفي عنهما







بسم الله الرحمن الرحيم وبه التوفيق والاعانة والهداية الى الصواب

قد ذكرنا في صدر الكتاب ان مشروعات الشارع على اربعة انواع حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحق الله تعالى فيه غالب وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد فيه غالب ثم لما ذكر حقوق الله تعالى الخالصة وما غلب فيه حق الله تعالى وما يلحقها بدا بذكر العباد الخالصة وهي البيوع والكفالة والحوالة وغيرها والمناسبة الخاصة بين البيع والوقف هي ان الوقف ازالة الموقوف عن ملك الواقف اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة رحمه الله بعد حكم الحاكم وفي البيع ازالة المبيع عن ملك البائع مع ادخاله في ملك المشتري فكان البيع مشتملا على ما اشتمل عليه الوقف وعلى شيء اخر معه فكان مركبا منهما والوقف مشتمل على شيء واحد منهما فكان مفردا والمركب ابدا بعد المفرد فلذلك ذكر بعده ثم محاسن البيوع كثيرة اذ هي سبب بقاء المحتاجين باحسن وجوه المعاملة اذ كل من الرجال والنساء محتاج الى الاخذ والاعطاء ولا يتيسر الاعطاء الا لطلب الامر هو الغني مطلقا والله هو الغني وانتم الفقراء وفي عقد المعاوضة صيانة لحمل غرامة الغير اذ في الاعطاء بلا عوض ادخال حر مثل تحت رق احسانه كما قيل الانسان عبد الاحسان ومراد الاحسان فهو يتحقق في ضمن عقد المعاوضة باحسن الوجوه كما حكي عن ابي العباس رحمه الله انه كان يتاجر الفقراء وكان يشتري منهم ما يساوي عشرة بعشرين وزيادة ليلا يرى الفقير نفسه تحت منة التي توجب الرزق قال الله تعالى وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم فمن اخفى الصدقة فهو خفي على غير الفقير ظاهر على الفقير ومن اخفاها في المعاوضة فقد اخفاها على الفقير ايضا فكان هو احسن وجوه الاحسان مع انه معاوضة ولو لم يكن في المعاوضة الا اطفاء نائرة المنازعة والاختطاف بالمسارعة لكان كافيا فان المحتاج الى ما في يد غيره اذا لم يجد سبيلا اليه بالمعاوضة لتسارع الى السلب ومن في يده يميل الى الدفع والذب فيقتتلان ويظهر في الارض الفساد فكان في المبايعات اطفاء نائرة النزاع وتسكين هيجان النفس بالاسباغ **ثم** يحتاج هاهنا الى معرفة ثمانية اشياء معرفة معنى البيع لغة وشرعا ودليل جوازه وسببه وركنه وشرطه وحكمه وانواعه اما اللغة فالبيع عبارة عن تمليك المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي فقيل هو عبارة في الشرع عن عبارة مبادلة المال بالمال على وجه التراضي ثم هو من الاضداد يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر يقال باعه الشيء وباعه منه جمعه بلفظ البيوع على تاويل الانواع واما دليل جوازه فالكتاب والسنة والاجماع والمعنى المعقول اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض واما السنة فما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وكذا بعث رسول الله عليه الصلوة والسلام والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وعليه اجماع الامة والمعنى المعقول فقد مر في ذكر المحاسن واما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيها بيان ذلك ان الله تعالى حكم ببقاء العالم الى قيام الساعة وهذا البقاء انما يكون ببقاء جنس الانسان وذلك يكون بالتوالد وقد ذكرناه في النكاح وبقاء النفس الى اجله وذلك انما يقوم به المصالح للمعيشة وما يحتاج اليه كل واحد لكفايته وكل واحد انما يتمكن من هذا المقصود بالمال فشرع لتنمية سبب اكتساب المال وهو التجارة عن تراض لما في التغالب من الفساد والله لا يحب الفساد واما ركنه فالايجاب والقبول واما شرطه فانواع منها في العاقد وهي ان يكون عاقلا مميزا ومنها في الالة وهو ان يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو ان يكون مالا متقوما وان يكون مقدورا للتسليم ومنها التراضي ومنها شرط النفاذ وهو الملك او الولاية واما حكمه وضعا وقصدا فالملك وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا الا لمانع وقولنا الا لمانع احتراز عن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع وذلك ممنوع مع كونه ملكا له لنهي النبي

علیہ

فقال البائع بعت [illegible] كان معنى قوله في الكتاب ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل
[illegible] الحال [illegible] بخلاف النكاح [illegible]
الآخر [illegible] ينعقد النكاح [illegible] والواحد يتولى طرفي النكاح بخلاف البيع لان البيع
[illegible] الشارع [illegible]
والاعلام [illegible] اسباب الشرائع واركانها [illegible] النبي عليه الصلوة
والسلام [illegible] اشتغل النبي عليه الصلوة والسلام
لفظ الماضي الذي هو عبارة عن [illegible] وجوده [illegible] انعقاد البيع [illegible]
[illegible] الايجاب [illegible] احد [illegible]
[illegible] في الزمان الماضي [illegible]
[illegible] اقتضا [illegible] الكلام
[illegible] في الطلاق [illegible] وقع الطلاق اقتضا
[illegible] ينعقد به البيع [illegible]
[illegible] الايجاب [illegible]
[illegible] البيع [illegible] الاباحة [illegible]
[illegible] الماضي [illegible]
[illegible] والايجاب [illegible]
اللفظ الذي [illegible] لفظ الاخبار عن الماضي [illegible] فكذا ذلك المعنى
[illegible] البيع [illegible] هو [illegible] حتى ان الحوالة
[illegible] الاصيل [illegible] المراد من [illegible]
كالعبد [illegible] **قوله** رحمه الله هو الصحيح
احترازا عن قول الكرخي رحمه الله فقال الكرخي انما ينعقد البيع بالتعاطي في الاشياء الخسيسة
[illegible] في جميع الاشياء الخسيسة والنفيسة [illegible] واختلف المشايخ رحمهم الله ايضا
في [illegible] في بيع التعاطي [illegible] من الجانبين [illegible] محمد رحمه الله تعالى
في الجامع الصغير [illegible] البيع [illegible] والكتاب كالخطاب [illegible] ان يكتب فيقول اما
بعد فقد بعت عبدي [illegible] بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت او قال
[illegible] وكذا الرسالة [illegible] فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بالف
درهم [illegible] الرسول [illegible] فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او قبلت
[illegible] البيع [illegible] الجواب ينعقد
[illegible] في الخلع [illegible] يتوقف شطر العقد من الزوج
[illegible] على الف درهم فبلغها
[illegible] على اجازة العبد [illegible] بخلاف البيع
[illegible] فقبل
[illegible] عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
[illegible] الرجوع
[illegible] شرط العقد كالخلع
والعتق [illegible] بمنزلة التعليق [illegible]
[illegible] البائع البيع
[illegible] على وجهين ان كانت الصفقة
واحدة [illegible] فالمشتري بقبول
العقد في احدهما [illegible] ان العادة فيما بين الناس ان يضم
الردي الى الجيد في البياعات [illegible] ترويج الردي بالجيد فلو ثبت خيار قبول

العقد

العقد في احدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الردي على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع
باقل من قيمته وفيه ضرر بالبائع وقال القدوري رحمه الله الا ان يرضى البائع في المجلس بان يقول بعتك
هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فرضي به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة
استئناف ايجاب لا قبول فاذا رضي به البائع في المجلس يجوز قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي
قبله المشتري حصة معلومة من الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي العقبين لان الثمن ينقسم
عليها باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل قفيز معلوما فاما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة بان اضاف
العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد اذا قبل المشتري في احدهما وان رضي به البائع لان القبول من
المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء ايجاب فاذا لم يكن حصة كل واحد منهما معلومة لو جاز البيع في الذي قبل
هذا ابتداء عقد بالحصة وانه لا يجوز ولو قال بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري
المشتري البيع في احدهما ذكر في بعض المواضع انه يجوز وذكر في الجامع الصغير انه لا يجوز الا ان يقول بعتك
هذين العبدين بعتك هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري في احدهما جاز اما اذا لم يعد لفظ البيع كانت
الصفقة واحدة فلا يصح قبول احدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا ثم لا بد من بيان معرفة اتحاد
الصفقة وتفرقها فنقول اذا اتحد البيع والشرا والثمن بان ذكر الثمن جملة وهو البائع واحد والمشتري
واحد فالصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك ان تفرق الثمن بان سمى لكل بعض من المبيع ثمنا على حدة
واتحد الباقي بان قال البائع بعتك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة ايضا
وكذلك اذا كان البائع او المشتري اثنين والثمن ذكر جملة بان قال البائع لرجلين بعت هذا منكما بكذا
او قال المشتري لرجلين اشترينا هذا منكما بكذا كانت الصفقة متحدة هذا هو الكلام في الاتحاد واما الكلام
في جانب التفرق فنقول ان تفرقت التسمية بان سمى لكل بعض ثمنا على حدة وتكرر البيع او الشرا والبائع والمشتري
اثنان او كان احدهما اثنين فالصفقة متفرقة وكذلك اذا تفرق الثمن وتكرر البيع او الشرا والبائع
والمشتري واحد بان قال البائع لرجل بعت منك هذه الاثواب بعتك هذه العشرة بعتك هذه الخمسة
او قال المشتري اشتريت منك هذه الاثواب اشتريت هذه بعشرة اشتريت هذه الخمسة كانت الصفقة
متفرقة بالاتفاق واما اذا تفرق الثمن الا انه لم يتكرر لفظ البيع والشرا اختلف العاقد بان كان
من احد الجانبين اثنان او كان من كل جانب اثنان ذكر في بعض المواضع انها صفقة واحدة وذكر
في بعض المواضع انها صفقتان قيل الاول استحسان والثاني قياس وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه
٧ قوله الله والثاني قول صاحبيه كذا في الذخيرة والمحيط وذكر في المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع
والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه فايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب فكان هذا
امتناعا عن ابطال العلة لا ابطالا لها وذلك لان ايجاب البائع احدى شطري علة الحكم والحكم اذا تعلق بعلة
ذات وصفين كان للاول حكم السبب وللثاني حكم العلة فلما لم يكن للاول فضل قبول الآخر حكم العلة لا يكون
ابطال القول بالقيام ابطالا للعلة فيجوز ثم انما ذكر بقوله وايهما قام على وجه التعميم على المتعاقدين
بدين احترازا عن ايجاب الخلع وايجاب العتق على مال من الزوج والمولى فان حكم البطلان بالقيام لم يعم على المتعاقدين
اعني الزوج والمراة والمولى والعبد حتى لا يبطل الايجاب بقيام الزوج والمولى بخلاف قيام المراة والعبد
على ما ذكرنا لان القيام دليل الاعراض **فان قيل** لا شك في ان التصريح اقوى من الدلالة ثم هو لو قال
بعد القيام قبلت صريحا لا يصح ايضا ولو كان القيام دليل الاعراض كان ينبغي ان يترجح عليه صريح القبول
لان الصريح اقوى من الدلالة **قلنا** ان رجحان الصريح على الدلالة انما يكون عند المعارضة وذلك انما
يكون قبل ان ثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعد
ذلك صريح القبول وان كان هو قويا في نفسه لانه انفسخ بمجرد القيام ما كان موقوفا والمفسوخ لا تلحقه
الاجازة وله ذلك اي وللموجب الرجوع عما اوجب على ما ذكرنا وهو قوله للموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال
حق الغير والحديث محمول على خيار القبول فوجهه وهو الذي ذكر قبله فلما خرنا بالخيار ان شا قبل في المجلس
وان شا رد وفيه اشارة اليه اي الى خيار القبول ووجه الاشارة هو ان الاحوال ثلاث قبل قولهما وبعد قولهما
والثالث بعد كلام الموجب وقبل قبول الآخر واطلاق لفظ المتبايعين عليهما في الوجهين الاولين مجاز
محض لانا سم المتبايعين عليهما قبل كلامهما باليبع والشرا كان باعتبار ما يؤول اليه وبعد كلامهما بالبيع والشرا

كان اسم المتبايعين عليهما باسم ما كان واما اذا اوجب احدهما البيع والاخر على عرصة القبول كان ذلك
الوقت وقت التبايع فكانا متبايعين حقيقة وذلك الوقت وقت خيار القبول على ما ذكرنا فكان محمولا
عليه وكان هذه الحالة حالة جامعة لما كان قبل التبايع وما كان بعده فكانت هي احق بحقيقة حالة التبايع
بعد وجودها لما انقاهما الشرع متبايعين لما ان الشارع اعطى للعقود الشرعية حكم الجواهر **فان قيل**
لما عرف الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لا حقيقة كلامهما فان الكلام كما وجد تصحيحل وتلاشى **قلنا**
فان قلت ففي كل واحد من المحملين اعني ما حمله الشافعي رحمه الله وما حملنا نوع مجاز اما في ما حمله الشافعي
رحمه الله فما ذكرت واما ما قلناه فهو ان التفرق من الاوصاف بقيامهما لا يكون الا بالاعيان فلو اسند
التفرق الى المقول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز الا ان يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك
ان يسند التفرق الى الابدان ليكون قوله حقيقة التفرق قلنا نعم لذلك الا ان اسناد التفريق والتفرق الى
غير الاعيان شايع وفاش في مجاري الكلام فصار هو بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله
تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال تعالى لا نفرق بين احد من رسله
هذان في الاعتقاد وقال وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته هذا في النكاح وقال عليه الصلوة والسلام
وتفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة هذا ايضا في الاعتقاد فكان الحمل على القول حملا على ما هو فاش في
الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث تتسارع اليه الافهام وصيانة لاسم المتبايعين عن الحمل على المجاز
على ما ذكرنا وذكر في الاسرار ان المراد من الخيار المذكور في الحديث خيار الاقالة بخلاف النكاح بدليل انه
اضاف اليهما وانما الاقالة المبتداة تتعلق باختيارهما جميعا الا الرد بخيار المجلس وذكر في الايضاح
ولا كلام للشافعي رحمه الله من حيث الفقه فان قضية العقد اللزوم لانه تم بهما وتعلق به حق كل واحد
منهما فثبوت الخيار يستدعي سببا لا محالة ولم يوجد وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم
رحمه الله او نحمله اي نحمل الحديث خيار القبول والاعواض المشار اليها اي سواء كانت ثمنا او مثمنا
لعدما لم يكن في الاموال الربوية فان الاعواض اذا كانت من الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والحنطة
والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وان اشير اليها لاحتمال الربو على ما يجيء وجهالة
الوصف فيه اي وصف المقدار في المعرف لا يفضي الى المنازعة لان الاعواض حاضرة والنقايص حالة
بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه حيث لا يجوز لانها الى المنازعة لان المسلم فيه ليس بحاضر
ولم يشترط العقد اليه فيطالب رب السلم المسلم فيه عن المسلم اليه مقدارا اريد منه وينازعه المسلم اليه وهو
لا يسلم اليه ما طالبه رب السلم فيتنازعان والاثمان المطلقة اي المطلقة في الثمنية اي الكاملة فيها
وهي الدراهم والدنانير فانهما ثمنان على الاطلاق لما انهما خلقا للثمنية لما عرف في مسالة الحلي والمطلقة
انصاعن قيد الاشارة يعني اذا باع شيئا بالدراهم او الدنانير وهو غير مشار اليها لا يجوز البيع الا ان تكون
معروفة القدر والصفة لكن فائدة ذكر الاطلاق هاهنا للاحتراز عن كونها مشارا اليها لا للاحتراز عن
عن اثمان غير مخلوقة في اصلها للثمنية لوجهين احدهما دلالة المقابلة وهو انه ذكر الاثمان المطلقة
عقيب قوله والاعواض المشار اليها مع اختلاف الحكم على ان ذلك الاختلاف لم ينشا الا بذكر الاشارة وعدم
ذكرها والثاني ان ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشارا اليه وان لم يكن هو مخلوقا
للثمنية كما في المكيلات والموزونات كما هو شرط في الدراهم والدنانير فلم يفد الاحتراز عنه حينئذ بذكر
الاطلاق وذلك لان الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم والدنانير فانها خلقت للثمنية ابدا فان قابلها
امثالها او اعيانها صحبها حرف الباء اولا قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة فسمى
الثمن به الدراهم ومبيع محض وهو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب اذا وصفت وضرب
لها اجل فان في هذه الصورة تصير هي ثمنا حتى لو اشترى عبدا بثوب موصوف في الذمة ولم يضرب
للثوب اجل لم يجز وان ضرب له اجل جاز وما كان مترددا بين مبيع وثمن وهي المكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة فانها مبيعة باعتبار انها منتفع باعيانها ثمن باعتبار انها مثلية كالدراهم
والدنانير فان قابلها الدراهم والدنانير فانها مبيعة واما اذا كان في مقابلتها عين فان كانت
المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثمن لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احدهما بان
يجعل مبيعا من وجه ثمنا من وجه واما اذا كانت مبيعة فان استعملت استعمال الاثمان فهي ثمن

بقول

[illegible]

قوله

[illegible]

فان قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

فان قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

فان قيل

[illegible]

ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم
جاز البيع في قفيز عند ابي حنيفة رحمه
الله الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز
في الوجهين هداية

مكرر

[illegible]

فان قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

فان قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

العاشر

العاشر لانها تبلغ الثوب الذي يلبس بوجود الذرع العاشر وبدونه لا يبلغ فكان لتسعة اذرع زيادة قيمة لم تكن هي لها بدون الذرع العاشر وهذا متعارف فيما بين التجار فكان الذرع وصفا

قوله رحمه الله والوصف لا يقابله شي من الثمن **فان قيل** الاوصاف لو لم يقابلها شي من الثمن وجب ان لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد حتى ان رجلا لو اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على انه لم يكن اصابع يده تامة يرجع على بايعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف الذي ذكرنا **قلنا** الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما اما حقيقة كما اذا باع عبدا فقطع البايع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع واما حكما فبان يكون امتناع الرد لحق البايع او لحق الشارع اما حق البايع فكما اذا تعيب المبيع عند المشتري واما حق الشارع فكما اذا خاط المبيع بان كان ثوبا ثم وجد به عيبا فالوصف متى صار مقصودا باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الفوايد الظهيرية كالاطراف في الحيوان حتى انه اذا اشترى جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص شي من الثمن وكذلك اذا اشترى جارية فاعورت في يد المشتري ثم اراد ان يبيعها مرابحة كان له ذلك بدون البيان على ما يجي في باب المرابحة والتولية ان شا الله تعالى فكان منزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم بان باع عبدا على انه اعمى فوجده المشتري بصيرا ه

قوله رحمه الله لتنكيرها انث الضمير وذكر قبله لفظ الثوب على تاويل الثياب او المذروعات لان لفظ عشرة اذرع دال عليها لان الوصف وان كان تابعا صار اصلا بافراده بذكر الثمن **فان قيل** ففي المسالة الاولى ايضا ينبغي ان تكون كل ذراع اصلا بنفسه واذا لم يقل منه كل ذراع بدرهم لانه ان لم يقل منه كل ذراع بدرهم لكنه قابل عشرة اذرع بعشرة دراهم ثم مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاحاد بالاحاد فصار هو ايضا بسبب المقابلة بمنزلة افراد كل واحد من الذراع بذكر الثمن مقابلته **قلنا** الذرع اصل من وجه من حيث انه من اجزا العين الذي هو مبيع كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شي من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسمة على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع يلزم المقابحة الوصفية من كل وجه **فان قيل** لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي ان يفسد البيع اذا وجدها اكثر من مائة ذراع كما في الثوب فانه لو قال بعتك هذه الرزمة على انها خمسون ثوبا كل ثوب بعشرين درهما فوجدها زايدة فالبيع فاسد وكذا لو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع على ما يجي وقد ذكرنا في الكتاب هاهنا وان وجدها زايدة فهو بالخيار ولم يفسد البيع **قلنا** الفرق بينهما ما بينا هو ان الذرع وان صار اصلا بتسمية الثوب فهو وصف حقيقة لما ذكرنا فصار اصلا من وجه دون وجه من حيث انه اصل لا يسلم له بالزيادة بغير عوض ومن حيث انه وصف يكون بعض الذرعان تابعا للبعض فلا يفسد العقد واما بعض الثياب لا يكون تبعا للبعض فبقي المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان الثياب مختلفة كذا في الجامع الصغير للامام قاضي خان رحمه الله **فان قيل** الذراع لو كان اصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب ان يمتنع دخول الزيادة في العقد وقد جوز اخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسالة بقوله ان شا اخذ الجميع **قلنا** الفرق بينهما هو ان الزيادة لو لم يدخل في العقد لانه يصير مانعا بعض الثوب وانه لا يجوز بخلاف الصبرة فان الزيادة فيها لو لم تدخل لا يفسد العقد كذا في الفوايد الظهيرية واما لزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا اي من وجه دون وجه اذ لو كانت اصلا من كل وجه لما دخلت كما في مسالة الصبرة لو وجدها زايدة لا يدخل الزيادة وكذا الذرع ه هاهنا اصلا مع رعاية جانب الوصفية لم يكن اخذا بالمسروط هو ان تكون كل ذراع بدرهم وقالا هو جايز اذا كانت الدار مائة ذراع وذكر الخصاف رحمه الله في هذه المسالة ان فساد البيع عند ابي حنيفة رحمه الله لجهالة جملة الذرعان فاما اذا عرفت مساحتها يجوز عنده وجعل هذه المسالة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة ان كان عدد جملة الشياة معلوما يجوز عنده وان لم يكن معلوما لا يجوز وذكر ابو زيد الشروطي رحمه الله في شرحه ان على قول ابي حنيفة رحمه الله البيع فاسد وان علم ذرعان الجملة وهو جواب الجامع الصغير وهذا اصح مما قاله الخصاف رحمه الله كذا في المغني ثم ذكر في الجامع الصغير للامام شمس الايمة السرخسي رحمه الله ولم يذكر هاهنا ولا في البيوع انه لو اشترى عشرة

اذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما قال اصحابنا رحمهم الله من يقول
ينبغي ان لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهما منها والاصح انه يجوز عندهما لان هذه الجهالة لا تفضي
الى المنازعة لامكان رفعها فيتم من سهمين النصف وسهم من عشرة اسهم العشر اما في الذرع فان الة
الجهالة ممكنة وله ان الذراع اسم لما يذرع به وهو الخشبة وقد يستعار للممسوح مجازا لحلول فعل الذرع
فيه والشايع لا يحله الذرع فيتعذر جعل الذرع محل العقد معلوما او مجهولا فلا يجوز العقد بخلاف السهم فانه
اسم لجزء شايع فيجوز كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله **قوله** رحمه الله وهو المعنى الذي وقع عليه
الذراع معين الا انه مجهول اي مجهول موضعه ولا نعلم ان تلك العشرة الاذرع من الدار في الجانب الشرقي منها
او الغربي او من صدر الدار او اسفلها والمبيع اذا كان معينا مجهولا لا يصح كما اذا قال بعت منك احد هذين
العبدين والتعيين غير مناف للجهالة لما ان التعيين في امر اخر والجهالة في امر اخر فان المراد من التعيين
تعيين العشرة حيث لم يقل بعت منك عشرة اذرع او احد عشر باشتمال كلمة او فلم يكن المبيع معينا حينئذ وههنا
عين العشرة وكان المبيع معينا والجهالة في ان تلك العشرة اذرع في اي موضع من الدار فلا يجوز للجهالة
وهي جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المشاع فانه يجوز بيعه وهو عشرة اسهم من مائة سهم وان لم يعلم
موضع المبيع هناك ايضا لما ان عشرة اذرع شايعة في الكل فلم يلزم فيه جهالة تفضي الى المنازعة وكان
صاحب عشرة اذرع شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبه منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع
صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه في اي موضع كان فلا يؤدي الى المنازعة وذلك لان الذراع لما
استعير لما يحله وهو المراد وما يحله الذراع لا يعلم فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة والمشاع لا يمكن
الحلال الذراع فيه فلا يمكن ان يجعل الذراع مشاعا مجازا عن السهم فبقي على جهالته فلا يجوز وفي لما واشتريه
عشرة اسهم غير مستقيم لما ان السهم اسم للشايع من غير ان يحد المقدار فيدا في مسماه الا ترى ان سهما من مائة سهم
في مكان معين لا يساوي سهما من عشرة اسهم وذراع من عشرة اذرع وذراع من مائة ذراع سوا الى هذا اشار
في الفوايد الظهيرية ولو قال بعتك ذراعا من هذه الدار ان عين موضعه بان قال من هذا الجانب الا انه
لم يبينه لعدد فالعقد ينعقد عندنا فرضي لا يجبر البايع على التسليم وان لم يكن موضع الدار معينا فعلى قول
ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز اصلا وعلى قولهما يجوز ويذرع الدار فان كانت عشرة اذرع صار شريكا بمقدار
عشر الدار واذا باع سهما من الدار ولم يعين موضعه ذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله انه لا يجوز اجماعا
وفي الصحة فيقد اختلاف المشايخ رحمهم الله على قولهما والاصح انه يجوز كذا في المغني ولا فرق عند ابي حنيفة
رحمه الله بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم اي لا فرق بين ما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير
ذكر ذرعان جميع الدار وبين ما اذا قال عشرة اذرع منها من مائة ذراع فالخصاف يقول اذا ذكر جملة ذرعان
جميع الدار يجوز لانه يصير بمنزلة قوله عشر الدار فكان كعشرة اسهم حينئذ وقوله لبقاء الجهالة متصل بقوله
هو الصحيح عند الثاني بالكثير مثله من خشبة وفي المغنار ايضا ومنه عدل المحمل **قوله** رحمه الله ولو اشترى
عدلا على انه عشرة اثواب اي بعشرة دراهم ونحوها الا انه لو لم يذكر الثمن اصلا لم يبق فساد البيع اصلا
الى وجود المبيع زائدا او ناقصا بل يفسد وان وجد كما سماه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله صورة المسالة
بقوله بعتك هذه الرزمة على انها خمسون ثوبا بالف ولم يسم لكل ثوب ثمنا فسد البيع لجهالة المبيع فيما
اذا وجده زائدا وهو احد عشر او الثمن اي لجهالة الثمن فيما اذا وجده ناقصا وهو تسعة وانما قلنا
في الزيادة جهالة المبيع وفي النقصان جهالة الثمن لانه لما وجد المبيع زائدا عن ما سواه لم يدخل الزيادة
تحت البيع لان الذي دخل تحت البيع هو عشرة اثواب لا غير فيجب رد الزيادة وانها مجهولة جهالة تفضي الى
المنازعة واما اذا وجده ناقصا فيسقط حصة النقصان عن ذمة المشتري وتلك الحصة غير معلومة
لان الكلام فيما اذا لم يبين ثمن كل ثوب على حدة والثوب من ذوات القيم فكانت حصة الثوب الناقص مجهولة
لا محالة وجهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن لان الثمن مجموعه فيلزم جهالة الثمن اي ثمن ما بقي من المبيع
وهو تسعة اثواب وذكر في الذخيرة وان وجدها انقص من ذلك ان لم يسم لكل ثوب ثمنا فالبيع فاسد لان
الثمن مجهول لان حصة الذاهب مجهولة وجهالة حصة الذاهب توجب جهالة حصة الباقي وهذا لانه
اذا لم يسم لكل واحد ثمنا فالثمن ينقسم باعتبار القيمة ولا يدرى قيمة الذاهب بيقين لانه لا يدري انه كان
جيدا او وسطا او رديا فكانت جهالة الذاهب مجهولة ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره

ولو

من ساعته لان المشتري ملك الشجرة بجبر البائع على تسليمها فارغة وكذلك لو اوصى بنخلة لرجل وعليها
ثمر ثم مات الموصى اجبر الورثة على قطع الثمر والمختار وفي شرح الطحاوي رحمه الله اذا اشترى الرجل شجرة او
نخلة فانه لا يخلو اما ان يكون الثمر موجودا وقت الشرا او ثمر بعد الشرا اما اذا كان الثمر موجودا وقت الشرا
فالثمر لا يدخل في العقد الا بالشرط سوا اشترى الشجرة وحدها او مع الارض وعلى البائع ان يقلع ثمرته من شجر
المشتري وليس له تركها الى جذاذها ولا الى غيره فان تركها الى وقت الادراك على الشجر فانه ينظر ان تركها
باذن المشتري كان له الفضل وان تركها بغير اذن المشتري فانه ينظر ان تناهى عظمها ولم يبق الا النضج
فتركها حتى نضجت يطيب له ذلك لانه لم يوجد الزيادة في الكيل والوزن وان كان صغارا لم يتناه
عظمها فتركها بغير اذن المشتري فانه لا يطيب له الفضل ولو استاجر البائع من المشتري الى النخل
او الشجر لترك الثمار وتركها حتى ادركت فانه لا تجب الاجارة ويطيب له الفضل لا بجواز الاجارة لكن
بالاستحسان لتعامل الناس ولا تعامل للناس في استيجار الاشجار لترك الثمار عليها فلم تكن اجارة جائزة
ولا فاسدة وطيب له الفضل لان الترك الثمار عليها فلم تكن اجارة جائزة حصل باذن المشتري واما
اذا اشتراه والثمر غير موجود ثم اثمر بعد الشرا قبل القبض فالثمر للمشتري لانه نما ملكه فهو لمالكه فان
هلك بافة سماوية قبل التسليم لا يطرح من الثمن شي وصار كانه لم يكن ولا خيار للمشتري فان اكله البائع
طرح حصته من الثمن ولا خيار له في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له الخيار ان شا اخذ الشجر بحصته
من الثمرة وان شا ترك كما اذا كان الثمر موجودا وقت العقد فاكله البائع ان له الخيار بالاجماع هذا
اذا لم ينقص من المبيع شي فاما اذا انتقص فله الخيار بالاجماع ولو نبت ولم يصر له قيمة فقد قيل لا يدخل
في شرح القدوري وشرح القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله ان الزرع اما لا يدخل في بيع الارض
من غير ذكر اذا لم ينبت بعد او نبت وصار له قيمة اما اذا نبت ولم يصر له قيمة بعد فقد قيل يدخل وقيل
لا يدخل والاول اصح وفي فتاوى الفضل رحمه الله اذا باع ارضا فيها زرع لم ينبت فان كان البذر قد
عفن في الارض فهو للمشتري والا فهو للبائع فان سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع
والمشتري متطوع فيما فعل وكذلك اذا نبت ولم يتقوم بعد واختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله
انه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض اما نصا او دلالة كذا في الذخيرة مستفر
البعير سقته والحكم للشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والحمع المناجل ما لحصاد لم يدخلا اي الزرع والثمر
لما قلنا وهو قوله لانهما اتصالهما وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه معنى هذا الكلام
ان الارض اذا اشتريت فيها زرع وعلى الاشجار ثمر لو قال البائع وقت البيع للارض بعت هذه الارض
بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها ولم يقل مع ذلك من حقوقها او لم يقل من مرافقها دخل الزرع والثمر
واما اذا ادعى ذلك وقال من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخل الزرع والثمر وقال في الذخيرة وان
ذكر في بيع الارض الحقوق والمرافق لا يدخل الزرع والثمار لانهما ليسا من جملة حقوق الارض ومرافقها
وان قال بعتكها بكل قليل وكثير هو منها وفيها ان قال في اثرها من حقوقها او قال من مرافقها فالثمار
والزرع لا يدخلان وان لم يقل في اثرها من حقوقها ومرافقها يدخلان في البيع وكذا الصاد ذكر في المبسوط
في باب الشفعة في الارضين والانهار من كتاب الشفعة وحاصل ذلك ان الالفاظ ثلاثة باع ارضا
مطلقا من غير ذكر شي معها او باع ارضا بكل قليل وكثير من حقوقها او مرافقها ففي هذين الوجهين لا يدخل
الزرع والثمر وفي الوجه الثالث وهو ما اذا باعها بكل قليل وكثير منها او فيها يدخل الزرع والثمر
ومن باع ثمرة لم يبد وصلاحها الى اخره اعلم ان بيع الثمار على الاشجار على وجهين الاول ان يبيعها قبل
الطلوع اي قبل الظهور وفي هذا الوجه لا يجوز البيع والوجه الثاني ان يبيعها بعد الطلوع وانه على ثلاثة
اوجه احدها ان يبيعها قبل ان يصير منتفعا بها بان لم يصلح لتناول بني ادم وعلف الدواب وفي هذا
الوجه اختلاف المشايخ رحمهم الله ذكر الامام شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده رحمهما الله انه لا يجوز
وذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرحه والقاضي الاسبيجابي انه يجوز واليه اشار محمد رحمه الله تعالى
في كتاب الزكوة في باب العشر والخراج وفي الجامع في كتاب الاجارات وهو الصحيح والحيلة في ذلك حتى
يجوز هذا البيع على قول الكل ان يبيعه مع اوراقه بان يبيع الكمثرى في اول ما خرج من ورده مع اوراقه
فيجوز البيع في الكمثرى تبعا للبيع في الاوراق ويجعل كانه ورق كله حتى يجوز البيع والوجه الثاني بيوما

[illegible]

من

اذا باع بعد ما صار منتفعا به الا انه لم يتناه عظمه وفي هذا الوجه البيع جائز اذا باع مطلقا او بشرط
القطع وان باع بشرط الترك فالبيع فاسد لان هذا بيع شرط فيه ما لا تقتضيه البيع ولاحد العاقدين
فيه منفعة لان للمشتري شرط لنفسه زيادة مال يحصل له سوى ما دخل تحت البيع من مال البائع ثم اذا جاز
البيع اذا باع مطلقا او بشرط القطع اذا ترك المشتري حتى ادرك هل يطيب له الزيادة ان ترك باذن البائع
او استاجر منه الاشجار ليطيب الزيادة والا فلا لان الزيادة انما استفادها المشتري من مال البائع فاذا
باذنه فيطيب له ذلك والوجه الثالث اذا باعه بعد ما تناهى عظمه ولا شك ان البيع جائز في هذا
الوجه اذا باعه مطلقا او بشرط القطع وان باع بشرط الترك فالقياس انه لا يجوز وبه اخذ ابو حنيفة
رحمه الله وابو يوسف رحمه الله وفي الاستحسان يجوز وبه اخذ محمد رحمه الله فقال ان شرط الترك
لو اوجب فساد العقد في هذه الصورة اما ان يوجب من حيث انه بيع شرط اجارة او عارية ولا وجه اليه
لان اجارة النخل واعارته لا يتحقق فكان منتفعا من مال البائع باذنه فيجوز واما ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله يقولان ان كان لا يثبت بهذا الشرط اجارة او عارية ولا وجه اليه او زيادة مال من مال
البائع سوى المبيع لكن يحصل للبائع زيادة جودة وطراوة وللمشتري فيه منفعة والبيع لا يقتضي هذا
ومثل هذا الشرط يوجب فساد البيع فاذا اشترى بما رسيتنان على ما هو العرف ويقال بالفارسية
بر باغ وبعض الثمار قد خرج وبعضها لم يخرج بعد هل يجوز هذا البيع ظاهر المذهب انه لا يجوز وكان
شمس الائمة الحلواني رحمه الله يفتي بجوازه في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك وكان يزعم انه مروي
من اصحابنا وهكذا احكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجواز
هذا البيع وكان يقول اجعل الموجود اصلا في هذا العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط
ان يكون الخارج اكثر وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله والاصح عندي انه لا يجوز لان المصير الى هذا
الطريق انما يكون عند تحقق الضرورة ولا ضرورة ههنا لانه يمكنه ان يبيع اصول هذه الاشياء مع ما
فيها من الثمر وما يتولد بعد ذلك يحدث على ملك المشتري وان كان البائع لا يعجبه بيع الاشجار والمشتري
يشتري الثمار الموجودة ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع
الثمن ويحل له البائع الانتفاع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد
في المعدوم وحيلة اخرى ان يشتري اشجار البطيخ والباذنجان ببعض الثمن ويستاجر الارض ببعض
الثمن مدة معلومة ليملك ما يحدث منه ويتمكن من القاء الاشجار كذا في الذخيرة والمغني وذكر في المبسوط
وشرى الثمار قبل ان تصير منتفعا بها لا يجوز لانه اذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني ادم او علف الدواب
فهو ليس بمتقوم فان كان منتفعا به ولم يبد صلاحها بعد بان كان لا يؤمن العاهة والفساد عليه
فاشتراه بشرط القطع يجوز وان اشتراه بشرط الترك لا يجوز وان اشتراه مطلقا يجوز عندنا لان مطلق
البيع يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال وشرط القطع سواء وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد
لنهي النبي عليه الصلوة والسلام عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها او حتى تزهي فقال الزهو البسر وازهى
احمر واصفر ورديا او قال حتى يامن العاهة وتاويله عندنا في البيع بشرط الترك او المراد به النهي
عن بيعها سلما بدليل قوله عليه الصلوة والسلام ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال
اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها فاما اذا اشتراها بعد ما بدا صلاحها
الا انها لم يدرك بعد بشرط القطع جاز وكذلك مطلقا ويؤمر بان يقطع في الحال عندنا لانه مقتضى
مطلق العقد وعند الشافعي رحمه الله يتركها الى وقت الادراك لانه هو المتعارف بين الناس او
في الثاني اي في الزمان الثاني فان البيع في مثله جوزنا في بيع الجحش والمهر وهو اعارة او اجارة
لانه لو شرط ترك الثمار على النخيل فلا يخلو اما ان يذكر لها الاجر او لم يذكر فان ذكر فهو اجارة والا
فهو اعارة واستحسنه محمد رحمه الله للعادة اي اجاز محمد رحمه الله شرا الثمر اذا تناهى عظمها
بشرط الترك استحسانا للتعارف الناس به ولو اشتراها مطلقا اي لو اشترى الثمر التي لم يتناه عظمها
مطلقا عن شرط الترك وتركها تصدق ما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعد الادراك
فيتصدق بما زاد من قيمته الى وقت الادراك ولكن من وقت البيع لان الزيادة حصلت بقوة
الارض المغصوبة لانه هذا يعتبر حاله اي من التي الى النضج لا يتحقق زيادة في الجسم لان الكلام فيما اذا

تناهى

تناهى عظمها لعدم التعارف لان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار والحاجة اي لعدم
الحاجة لان الحاجة الى ترك الثمار على النخيل انما تتعين ان لو لم يكن له مخلص سوى الاستيجار وههنا
يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها على الاشجار على ما ذكرنا ولا يجوز له الاستيجار
الذي هو غير متعارف وبقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل **فان قيل** لا نسلم بقاء الاذن
فان الاذن لما كان ثبت في ضمن الاجارة فلما بطلت الاجارة التي هي المتضمنة بطل الاذن المبني
عليها لما ان بطلان المتضمن يوجب بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل الوكالة
عند بطلان الرهن **قلنا** الحال لا يخلو اما ان كان رب النخل عالما ببطلان الاجارة او لم
يكن فان كان فظاهر لان الاذن حينئذ كان منفردا عن الاجارة فصار كانه لم يكن فيه اجارة اصلا
وان لم يكن عالما لما ان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر فكان الاذن منفردا عن الاجارة
تقديرا فاسد للجهالة اي للجهالة وقت ادراك الثمار ولو اشتراها مطلقا اي لو اشترى الثمار
مطلقا عن قيد شرط الترك على النخل لتعذر التمييز اي لتعذر التمييز بين الثمر الذي يخرج بعد
البيع وبين الثمر الذي كان خارجا قبل البيع لانه في يده فيكون الظاهر شاهدا له فلذلك كان
القول قوله كما في سائر الاملاك ولا يجوز ان يبيع ويستثني منها ارطالا معلومة اطلق الرواية
ولم يقيد بان البيع في الثمر على رؤوس النخل او في ثمر مجذوذ وما ذكر في شرح الطحاوي يدل على ان
الحكم فيهما سواء فقال وههنا اذا باع الثمر على رؤوس النخل الا صاعا منها يجوز وروى الحسن
ابن زياد انه لا يجوز كما قال الطحاوي رحمه الله في الكتاب كذا في شرح الطحاوي وكان ما ذكره
اولا في الكتاب بانه لا يجوز كان على رواية الحسن رحمه الله ورواية الحسن بن زياد رحمه الله راجعة
الى الصورتين في شرح الطحاوي لان الباقي بعد الاستثناء مجهول فيفسد **فان قيل** نعم انه
مجهول ولكن مجهول بجهالة لا تفضي الى المنازعة لان الكلام فيما اذا تراضيا على ذلك على اي مقدار
بقي وكل جهالة لا تفضي الى المنازعة لا تفسد البيع كما لو باع قفيزا من هذه الصبرة **قلنا** يحتمل
ان لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح مثل هذا في المضاربة لهذا المعنى
فكذا ههنا لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وكذلك
في العكس يعكس الحكم فان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه من العقد كما هو
المذكور في الكتاب والمعنى فيه هو ان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما
حتى ان استثناء الصفة من الموصوف لا يصح لان الصفة تدل على التبعية والاستثناء يدل على انه
مقصود وبينهما تناف فلا يصح وكذلك لو استثنى شيئا مجهولا لا يصح في البيع لان جهالة المستثنى
تورث جهالة في المستثنى منه وكذلك ايراد العقد عليه يدل على انه هو المقصود المعلوم والا مستثنا
تصرف في اللفظ وما كان داخلا تحت اللفظ كان مقصودا فيصح استثناؤه وما يدخل في اللفظ
على طريق التبعية لا يصح استثناؤه كاطراف الحيوان فانها تدخل تحت ذكر الحيوان تبعا فلا يصح
استثناؤه وذكر في الايضاح لان الاستثناء استخراج من الكلام لو قال بعت منك هذه الصبرة الا
قفيزا منها بدرهم لانه استثنى ما يجوز ايراد العقد عليه لانه لو باع قفيزا من الصبرة يجوز ومثله
لو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم لا يجوز لانه استثنى
ما لا يجوز ايراد العقد عليه لانه لو باع شاة من الجملة بغير عينها بمائة درهم فالبيع فاسد ولو
قال بعت منك هذا القطيع الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فالبيع جائز لانه استثنى ما يجوز
ايراد العقد عليه وكذلك الحكم في جميع العددي المتفاوت مثل الثياب والعبيد والحيوان بخلاف
الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثنى قدرا منه وايراد العقد على ذلك القدر
جائز لعدم اداء الجهالة الى المنازعة **فان قلت** ما الفرق بين ما اذا قال الرجل بعت
منك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز على ما ذكرت من شرح
الطحاوي وبين ما اذا قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على ان لي هذه الشاة الواحدة منه
بعينها فانه لا يجوز وفي هذه الصورة استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى ايضا وفي هذه
مع ذلك لا يجوز **قلت** اصل هذا الفرق راجع الى ما ذكرنا من ان الاستثناء يقتضي ان يكون

[illegible]

باب خيار الشرط

[illegible]

المستثنى مقصوداً او ذلك لان الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا فكانت الشاة الواحدة المعينة
في الاستثناء الحقيقي غير داخلة في البيع من الابتداء على ما هو الاصل بخلاف قوله على ان لي هذه الشاة الواحدة
المعينة فانها دخلت اولاً في الجملة ثم خرجت حصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره
هذا ما لو قال بعت منك هذا العبد الا عشره انه يصح في تسعة اعشاره ولو قال بعته بكذا على ان لي عشره
لم يصح هذا المعنى لما هذا اشار في نوع الحصاير نجم الدين رحمه الله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها
والباقلا في قشره **فان قلت** ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه
او باع نوى تمر في تمر بعينه حيث لا يجوز هناك مع ان كلها سواء في ان المبيع موجود في غلاف **قلت**
اشار ابو يوسف رحمه الله الى الفرق بينهما وقال لان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى انك تقول هذه
حنطة وهي في سنبلها ولا تقول هذا حب وهو القطن وانما تقول هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة
وذكر في شرح الطحاوي رحمه الله الاصل انه اذا باع شيئاً وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة
في سنبلها وساير الحبوب في سنابلها والذهب في ترابه او الفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو
باع لبناً في الضرع او لحماً في الشاة او شحمها او اليتها او اكارعها او جلودها او باع دقيقاً في هذه الحنطة
او زيتاً في هذا الزيتون او دهناً في هذا السمسم او عصيراً من العنب من الاشياء التي في خلقتها من حيث لا
يمكن اخذها وقبضها الا بافساد الخلقة فلا يجوز البيع فيها الاغلاق جمع الغلق بالتحريك وهو المغلاق
وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح كذا في المغرب لانها مركبة فيها للبقاء بخلاف الزرع فانها لا يدخل في بيع
الارض لانه ليس للبقاء لانه بمنزلة بعض منه اي لان المفتاح بمنزلة بعض من الغلق اذ لا ينتفع بالغلق
بدون المفتاح فكذلك يدخل المفتاح وان كان منفصلاً من الغلق ضرورة دخول الغلق **فان قيل**
لا يصح الاستدلال على دخول المفاتيح بعدم الانتفاع بالغلق بدون المفتاح لما ان الانتفاع بالدار لا يمكن الا
بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار **قلنا** مشتري الدار قد يكون مقصوداً بدون الطريق
لانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة واما المغلاق فلا يكون مقصوداً
للمشتري منفرداً عن الدار بل يدخل الغلق مع ما يتبعه بطريق التبعية للدار فيدخل بدون الذكر كما اذا
استاجر داراً يدخل الطريق بدون الذكر لانه ليس في استيجار الدار مقصود سوى الانتفاع بها ولا يمكن
من انتفاع الدار الا بالطريق فيدخل الطريق هناك بدون الذكر فكذا يدخل الغلق مع المفتاح بدون
الذكر هنا وذكر في الذخيرة والاصل ان ما كان في الدار من البناء وما كان متصلاً بالبناء يدخل في بيع الدار
من غير ذكر بطريق التبعية وما لا يكون متصلاً بالبناء لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر الا اذا كان شيئاً
جرى العرف فيه فيما بين الناس ان البايع لا يضن به ولا يمنعه عن المشتري فحينئذ يدخل وان لم يذكره في البيع
وعن هذا قلنا ان الغلق وبالفارسية كليدان يدخل في البيع من غير ذكر لكونه متصلاً بالبناء والمفتاح
يدخل استحساناً ولا يدخل قياساً لانه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار الا انا استحسنا
وقلنا بالدخول بحكم العرف لان العرف فيما بين الناس ان بايع الدار لا يمنع المفتاح عن المشتري ويسلمون
الدار بتسليم المفتاح وانما دخل المفتاح من غير ذكر بحكم العرف واما القفل ومفتاحه لا يدخل والسلم
ان كان متصلاً بالبناء يدخل سواء كان من خشب او مدر وان كان غير متصل بالبناء لا يدخل وذكر في فتاوى
قاضي خان رحمه الله في بيع الحمام يدخل القدر اي المركب في الارض من غير ذكر في البيع والقصاع لا تدخل
وان ذكر الحقوق والمرافق **قوله** رحمه الله ومعنى هذا اذا اشترى مكايلة بان قال بعت هذه الصبرة
على انها عشرة اقفزة وانما قيد بهذا لانه اذا باعه مجازفة لا يجب على البايع اجرة الكيال لانه لا يجب
عليه الكيل فلا يجب اجرته وكذا على هذا اجرة العداد والوزان اي اجرة عداد المبيع كعد الاغنام واجرة
وزان المبيع كوزن الحديد فكان المراد من الوزان هنا وزان المبيع واما اجرة وزان الثمن فعلى المشتري كما
ذكر في الكتاب فقال في الذخيرة واجرة الكيال والوزان فيما يباع مكايلة او موازنة من تمام التسليم
والتسليم على البايع فيكون من تمام تسليمه عليه ايضاً اما النقد فالمذكور انما ذكرنا ان اجرة ناقد الثمن
على هذا البايع والبايع هو المحتاج اليه ليتبين ما تعلق به حقه اي ليميز الناقد ما تعلق به حق البايع وهو
الجيد من غيره اي من غير حقه وهو الردي وفي رواية ابن سماعة عنه اي عن محمد رحمه الله على المشتري لانه
كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله ويقول بان اجرة الناقد على المشتري وروي عن محمد رحمه الله انه جعل

اجرة

صحيحا كما لو باع جذعا في سقف بحر نزعه وسلمه واذا امضى جزء من اليوم الرابع فقد تحقق الانفصال في ذلك
الجزء وجود الا على وجه لا يمكن فصله بالاسقاط لان عمل الاسقاط فيما بقي لا فيما استوفى فلهذا لا ينقلب العقد
صحيحا باختياره ويستوي فيما ذكرنا ان يكون الخيار للبايع او للمشتري كذا ذكره الامام السرخسي رحمه الله
في الجامع الصغير واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى في حكم هذا العقد في الابتداء على قول ابي حنيفة رحمه الله
منهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا بالاسقاط قبل اليوم الرابع وهو مذهب اهل العراق والاوجه
انه موقوف فاذا امضى جزء من اليوم الرابع فسد الان وهو مذهب اهل خراسان واليه مال الامام السرخسي رحمه
الله تعالى كذا في الذخيرة والفوايد الظهيرية وقال الامام قاضيخان رحمه الله ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الخيار
اربعة ايام ما كان مفسدا لعينه لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع وتغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع
لا يتحقق قبل دخول اليوم الرابع وانما فسد العقد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فحكمنا
بفساد العقد في الحال بحكم الظاهر فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع تبين ان الامر بخلاف الظاهر فتبين
انه لم يكن فاسدا وكذلك في الاجل الفاسد كما اذا باعه بالرقم الرقم في الاصل الكتابة والختم والتاجر
يرقم الثياب اي يعلمها بان ثمنها كذا كذا في المغرب والمراد من البيع بالرقم هنا هو ان يعلم البايع على الثوب
بعلامة مثل الكتابة يعلم بها الدلال او غيره بان ثمن الثوب برقمه فيقال كذا درهما ولا يعلم المشتري ذلك
العدد فيقول صاحب الثوب او الدلال بعتك هذا الثوب برقمه فقال المشتري قبلت من غير ان يعلم
مقداره ينعقد البيع فاسدا ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جائزا بالاتفاق
وقيل ينعقد فاسدا اي في الابتداء وهذا على الوجه الاول وهو قوله ولانه اسقط المفسد الى الخ يعني
ان القول بانعقاده فاسدا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد انما يستقيم على التعليل الاول واما
على التعليل الثاني وهو قوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع الى اخره فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد
بحذف الشرط المفسد لانه لم ينعقد فاسدا لانه لم يتصل المفسد بالعقد لان المفسد هو اتصال اليوم الرابع
بالخيار في الايام الثلاثة مع ان العقد كان جائزا من الاصل وهذا كله اشارة الى ما ذكرنا من اختلاف المشايخ
في حكم هذا العقد في الابتداء على قول ابي حنيفة رحمه الله انه انعقد فاسدا او موقوفا ولو اشترى على انه ان لم
ينقد الثمن الى اخره اعلم ان هذه المسالة على وجوه اما ان لم يبين الوقت اصلا بان قال على انك ان لم تنقد الثمن
فلا بيع بيننا او بين وقتا مجهولا بان قال على انك ان لم تنقد الثمن اياما ففي هذين الوجهين العقد فاسد
وان بين وقتا معلوما ان كان ذلك الوقت مقدرا بثلاثة ايام او دون ذلك فالعقد جائز عند علمائنا
الثلاثة والقياس يابى جواز العقد مع هذا الشرط وبه اخذ زفر رحمه الله لانه شرط لا يقتضيه البيع وهو
شرط الفسخ متى لم ينقد الثمن ثلاثة ايام فكان هذا بمعناه اقالة معلقة بعدم النقد فلا يجوز كما لو باع بشرط
الاقالة ولكن تركنا القياس فيما اذا كان الوقت مقدرا بثلاثة ايام بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
فانه باع ناقة بهذا الشرط وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم على القياس وان بين المدة اكثر من ثلاثة
ايام قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى البيع فاسد وقال محمد رحمه الله البيع جائز وقول ابي يوسف رحمه الله تعالى
مضطرب في بعض الروايات مثل قول محمد اعتبارا بالملحق به وفي بعض الروايات قوله مثل قول ابي حنيفة
وعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين هذا الشرط وبين البيع بشرط الخيار والفرق له ان القياس يابى جواز
العقد مع هذا الشرط ومع شرط الخيار وانما تركنا القياس في الموضعين بالنص والنص مع هذا الشرط
مقيد بثلاثة ايام وفي شرط الخيار ورد النص بالزيادة على ثلاثة ايام كذا في الذخيرة والجامع الصغير لقاضي
خان رحمه الله والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار **فان قلت** لا نسلم ان هذا الشرط في معنى
اشتراط الخيار بل هذا على خلاف ذلك وذلك لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم البيع وهاهنا لو
سكت حتى مضت المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به
غيره الا اذا كان في معناه من كل وجه وبما ذكرت من المعنى يعلم انه ليس في معناه من كل وجه فلا يلحق
به **قلت** الاعتبار في كون الشيء بمعنى شيء اخر لما هو المقصود فيهما لا المعنى زايد فيهما هذا الشرط
من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليروي النظر فيه ويكون مخيرا في الايام الثلاثة
بين فسخ العقد واتمامه وهذا الشرط ايضا لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما جوز شرط الخيار
لهذا المقصود وحديث حبان بن منقذ رضي الله تعالى عنه فالحق به ما هو في معناه في ذلك المقصود الذي

... **قوله** ...

صحيحا

[illegible]

حال الشرع لاجله الى هذا اشار في المبسوط المماطلة المدافعة وقوله في الفسخ متعلق بالمماطلة يعني از بهر آنرا
احتراز از لیدار دار دار کردن در فسخ بیع اي لاجل هذا المعنى مست الحاجة الى الانفساخ عند عدم النقد
في ثلاثة ايام فكان هذا الشرط في معنى خيار الشرط من هذا الوجه **فان قلت** هذه الضرورة تندفع باشتراط
الخيار لنفسه ثلاثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد في ثلاثة ايام حتى يجوز بيعه من غيره بلا احد
قلت لا يصح هذا لان الضرورة باقية لانه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يملك الفسخ الا بحضرته وعسى
لا يقدر على الفسخ بحضرته الى هذا اشار صدر الاسلام رحمه الله تعالى في الجامع الصغير وقد مر ابو حنيفة
رحمه الله على اصله في الملحق به وهو خيار الشرط ونفى الزيادة على الثلاث اي يجوز الملحق به وهو خيار الشرط
في ثلاثة ايام ولم يجوز في الزيادة على ثلاثة ايام فكذا في الملحق وهو خيار البيع على تقدير تعليق انفساخ البيع
لعدم النقد الى ثلاثة ايام وعدم جوازه في الزائد على ثلثة ايام وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر
وفي هذا بالقياس المراد من الاصل شرط الخيار ومن قوله في هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فان
اثر ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز البيع الى شهرين في شرط الخيار ورد في الزائد على ثلاثة ايام فقلنا بجوازه
اتباعا للاثر وقلنا في هذا بالقياس لان القياس يقتضي ان لا يكون شرط في البيع اصلا لما ذكرنا ان البيع
من قبيل الاثبات فلا يكون قابلا للتعليق او نقول وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر اي اخذ
في ثلاثة ايام في قوله ان لم ينقد الى ثلاثة ايام باثر ابن عمر رضي الله عنهما لانه ذكر في الفوائد الظهيرية ان عبد الله
بن عمر رضي الله عنهما باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا بالقياس
اي اخذ ابو يوسف رحمه الله تعالى في الزائد على ثلثة ايام في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام بالقياس
بانه لا يجوز لانه لم يرد فيه النص والقياس يقتضي عدم الجواز على ما ذكرنا وهذا الوجه اولى في تفسير قول
ابي يوسف رحمه الله تعالى لانه ذكر في المبسوط في الفرق له فقال ان القياس ما قاله زفر رحمه الله تعالى
فان هذا الشرط من حيث الحكم في نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس في ثلاثة ايام لقول ابن عمر رضي الله تعالى
عنهما ففيما زاد على ذلك ناخذ بالقياس وهذا لان الغرر يزداد بطول المدة ويجوز ان يحتمل العقد اليسير
من الغرر دون الكثير منه الا ترى انا نجوز شرى احد اثواب الثلاثة على انه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك
في الاربعة لما ذكرنا فتعلقها بالشرط اي لتعليق الاقالة بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح منها
فيه مفسد اي اشتراط الاقالة الصحيحة في البيع مفسد للبيع بان باع وشرط الاقالة بان قال بعتك هذا
بشرط ان تقيل البيع فان ذلك معلق بالاقالة المجردة عن الشرط وهو مفسد للبيع وفيما نحن بصدده بيع
معلق بالاقالة المعلقة بالشرط فاولى ان يفسد البيع بها وجه الاستحسان ما بينا وهو قوله ان هذا في
معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الخ وذكر في الفوائد الظهيرية ثم انه اذا لم ينقد الثمن الى انقضاء ثلاثة
ايام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده ينفذ عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ ثم لو
كان مثل هذا الشرط للبائع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بيننا الى
ثلاثة ايام جاز البيع بهذا الشرط ويصير بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون
مضمونا على المشتري بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ ولو اعتقه البائع ينفذ وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى في احد قوليه يثبت الملك كما في خيار الرؤية على
اصلنا وهذا لان الثابت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ امتناع الملك كذا في الايضاح والوجه
لنا ما ذكره في الكتاب وفي المبسوط وحاصل ذلك ان الخيار اذا كان مشروطا للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه
بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق وهل يدخل في ملك البائع على قول ابي حنيفة رحمه الله
لا يدخل وعلى قولهما يدخل في نسخة ولا يدخل الثمن في ملك البائع ان كان عينا ولا يجب له عليه ان كان
دينا عنده وعندهما يدخل ويجب له الثمن وان كان الخيار مشروطا للمشتري فالثمن لا يزول عن ملكه
بالاتفاق والمبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق على نحو ما ذكرنا في خيار البائع وهل يدخل المبيع في ملك
المشتري على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يدخل وعلى قولهما يدخل كذا في المغني وذكر في المبسوط لا خلاف بين اصحابنا
ان البدل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج عن ملكه لان العين لا يخرج عن ملكه بطريق التجارة
الا بعد تمام رضاه به وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لا يكون عاملا في الحكم كاليمين
بالطلاق فانه سبب لوقوع الطلاق عند وجود الشرط فاذا لم يوجد الشرط لا يثبت الحكم به وعند وجود الشرط

الولادة حصلت في مدة الخيار والمشتري الذي اشترى منكوحته لكن الولادة كانت قبل قبض المشتري واما ان
يكون معناها انه اشترى الامة التي كانت منكوحته لكن الولادة كانت قبل قبض المشتري واما ان يكون معناها
وكانت ولدت منه ولدا قبل الشرا ثم اشتراها بشرط الخيار فلا تصير هي ام ولد له في مدة الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما والدليل على صحة التفسير الثاني ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله هذه المسالة بقوله ومنها
انه اذا اشترى جارية قد ولدت منه بنكاح على انه بالخيار ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله لا تصير ام ولد
له ولا يبطل خياره وعندهما تصير ام ولد له ويبطل خياره فعلى هذا التاويل كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا
تصير ام ولد له لا ظرف الولادة اي لا تصير ام الولادة ولد له في المدة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما
تصير ام ولد لاتصال ولادة امته منه بالملك فكانت ام ولد له ويبطل الخيار وانما اخترنا الى احد هذين
التاويلين لانا لو اجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت
هي في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت
الجارية في يد المشتري بشرط الخيار والدليل على هذا ما ذكره في المبسوط بقوله وان اشترى جارية على انه
بالخيار ثلاثة ايام فولدت عنده فقد انقطع خياره لانها تعيبت بالولادة فهلك في يده اي في يد البائع
في المدة او بعدها هلك على البائع وبطل البيع في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه لما لم يملك المشتري عنده
ارتفع بنقضه بالرد على البائع فهلك المبيع قبل القبض فهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما لما
ملكه المشتري صار مودعا ملك نفسه فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده اذ يد المودع كيده ولو
كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه البائع في مدة الخيار ثم هلك في يد البائع قبل جواز
البيع او بعده بطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او بغير اذنه
والثمن منقود او مؤجل وله فيه خيار رؤية او خيار عيب فاودعه البائع فهلك في يد البائع هلك على
المشتري ولزمه الثمن بالاجماع لان خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعا ملك
نفسه كذا في شرح الطحاوي وغيره لو كان المشتري عبدا مأذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي
خياره عنده **فان قلت** وقد ذكرت قبل هذا من رواية المغني ان الخيار اذا كان للمشتري لا يخرج
الثمن من ملك المشتري بالاجماع واذا لم يخرج من ملكه لا يملكه البائع ضرورة واذا لم يملكه البائع كيف
يصح ابراؤه وابرا الدين انما يصح ممن يملكه لا ممن لا يملكه والا يلزم ان يصح ابرا البائع من الثمن المشتري الذي
يريد شراه قبل ان يشتريه **قلت** في هذا قياس واستحسان وما ذكرته هو وجه القياس وما ذكر في
الكتاب فهو وجه الاستحسان فانه ذكر في شرح الطحاوي رحمه الله ثم ان البائع ابراه من الثمن فالقياس ان
لا يصح ابراؤه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان صح ابراؤه لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد
وذكر في الكتاب وجه المسالة من الطرفين هذا هو الحكم ثم اذا ابرا البائع العبد الذي اشتراه من الثمن في خيار
الشرط اما لو كان العقد باتا فبرئ العبد المأذون عن الثمن بابرا البائع فليس له ان يرد السلعة لا بخيار **له**
الرؤية ولا بخيار العيب بالاجماع لان فيه تمليكا بغير بدل وهو ليس من اهله ولو كان المشتري حرا والمسا
لة بحالها ان يرد بخيار الشرط وان برئ من الثمن في قولهم جميعا وهو ظاهر لان الحر ممن يصح تمليكه بدل
وبغير بدل وكذا له ان يرد بخيار الرؤية ايضا قبل القبض وبعد القبض وان برئ من الثمن لانه من اهل
ان يملك الشيء بغير بدل ولو وجد به عيبا فاراد ان يرده بعدما برئ من الثمن فانه ينظر ان كان قبل
القبض فله الرد وان كان بعد القبض فليس له الرد ولان العيب قبل القبض لا حصة له من الثمن فكان الرد
لعدم رضاه وبعد القبض له حصة من الثمن فكان الرد لاجل حصة العيب لان البائع حبس بعض
العيب عنده وانما يظهر ذلك عند تسليم الثمن ولا يظهر قبله كذا في شرح الطحاوي رحمه الله يعني كان
الرد بعد القبض طلبا لما حبسه البائع من الثمن بمقابلة فوت وصف السلامة وهو لم يعطه شيئا من
الثمن فكيف يطلبه واذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم اي المشتري ذكر خيار المشتري
واسلامه بانه اذا كان الخيار للبائع واسلم البائع بطل البيع بالاجماع ولو كان الخيار للمشتري واسلم البائع
لا يبطل البيع بالاجماع وحاصل ذلك ما ذكره في شرح الطحاوي رحمه الله فقال ويظهر الاختلاف ايضا
في ذمي اشترى من ذمي خمرا او خنزيرا فان الشرا لا يخلو اما ان يكون باتا او بشرط الخيار للمشتري او للبائع ولا
يخلو اما ان يسلما او يسلم احدهما قبل قبض الحرام او بعد قبضه اما اذا اسلم احدهما قبل قبض الخمر والخنزير

[illegible]

قوله [illegible]

بطل البيع في الاحوال كلها سوا كان العقد باتا او بشرط الخيار لهما او لاحدهما لانهما اسلما والحرام غير مقبوض
والاسلام يلاقي الحرمة القائمة بالرد والفاسخة بالعقد ولو اسلما او اسلم احدهما بعد قبضه ينظر ان كان
العقد باتا لاخيار فيه جاز العقد ولا يبطل لانهما اسلما والحرام مقبوض وان كان العقد بشرط الخيار
للبايع فاسلم البايع بطل البيع لما ذكرنا ان المبيع لم يخرج عن ملكه والاسلام منع اخراجه عن ملكه بالعقد
ولو اسلم المشتري فلا يبطل العقد وخيار البايع على حاله لان العقد من جانب المشتري بات فان اختار البايع
الفسخ عادت الخمر اليه وان اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما كما يتملك
بالميراث وان كان الخيار للمشتري فاسلم المشتري بطل العقد في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما تم العقد
ولا يبطل لان من مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان المشتري لم يملكه والاسلام منعه عن تملك الخمر بالعقد
وعندهما ملكه والاسلام منعه عن اخراجه عن ملكه وان اسلم البايع لا يبطل بالاجماع وخيار المشتري
على حاله لان العقد من جانب البايع بات فان اجاز المشتري صار له وان فسخ البيع صار الخمر للبايع
والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما وذكر الامام المرغيناني رحمه الله ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط
الخيار فتخمر عصيرا في المدة فسد البيع وعندهما تم ذكر الامام السرخسي رحمه الله وقيل تغير العين في
ضمانه ينبغي ان يبطل الخيار عندهم ومنها لو كان المشتري دارا هو ساكنها باجارة او عارية فاستدام
السكنى بعد الشرط قال الامام السرخسي رحمه الله لا يكون اختيارا واستدامة السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن
بالسكنى وقال بكر رحمه الله استدامة السكنى اختيار عندهما لانها ملك اليمين وعنده ليس باختيار
لانها بالاجارة او العارية ومنها حلال اشترى ظبيا بشرط الخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده
ينتقض البيع ويرد الى البايع وقالا يلزم المشتري ولو كان للبايع ينتقض في قولهم ولو كان الخيار للمشتري
فاحرم البايع فللمشتري ان يرده **قوله** رحمه الله ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ وله ان يجيز
وهذا العام يتناول البايع والمشتري والاجنبي لما ذكرنا ان اشتراط الخيار يصح منهم جميعا وذكر في
شرح الطحاوي رحمه الله ثم شرط الخيار ان كان للبايع لجواز البيع ونفوذه باحدى معان ثلاث
احدها ان يجيز البيع فيقول اجزت جاز البيع سوا كان المشتري حاضرا او غايبا والثاني موت البايع
في مدة الخيار فيبطل خياره بموته وينفذ عقده ولا يكون الخيار موروثا عند علمائنا والثالث ان يمضي
مدة الخيار من غير فسخ ممن له الخيار ثم البيع ينفذ وفسخه باحد امرين اما بالقول او بالفعل اما فسخه
بالقول ان يقول في مدة الخيار فسخت فان كان فسخه بحضرة المشتري انفسخ ولا يحتاج الى القضا والى
رضى المشتري وان كان فسخه بغير حضرة المشتري لا يصح الفسخ ويكون موقوفا في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله على ما هو المذكور في الكتاب واما الفسخ بالفعل وهو ان يتصرف البايع في مدة الخيار تصرف
الملاك كما اذا اعتق او باع او كانت جارية فوطيها او قبلها او ما اشبه ذلك فان العقد ينفسخ حكما
سوا كان المشتري حاضرا او غايبا لان هذا فسخ حكما والشي قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا
واذا كان الخيار للمشتري لجواز البيع اذا كان الخيار للبايع ومعان اخر سواهما وهو ان يصير في يد المشتري
الى حال لا يملك المشتري فسخه على تلك الحالة مثل ان يهلك او ينتقص المعقود عليه الى اخر ما ذكرنا قبل
هذا في هذا الباب واما فسخه باحد امرين ايضا كما في خيار البايع اما بالقول او بالفعل اما فسخه
بالقول لا يصح الا بحضرة البايع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله واما فسخه
بالفعل هو ان يكون الثمن عينا فتصرف تصرف الملاك انفسخ العقد سوا كان البايع حاضرا او غايبا
على ما ذكرنا في جانب البايع وقال ابو يوسف رحمه الله وكذا الرد بخيار الرؤية على الاختلاف واما
فسخ البيع لفساد في البدل فلكل واحد منهما الفسخ بحضرة صاحبه وذكر الامام الاسبيجابي رحمه
الله عند ابي يوسف بغيبته ايضا وان كان الفساد بشرط منفعة لاحدهما فلكل واحد منهما الفسخ
قبل القبض واما بعده فالفسخ لمن له الشرط بحضرة صاحبه وليس لصاحبه الفسخ بلا رضاه لما ذكره
الامام المرغيناني رحمه الله واما كون الحضرة عن العلم بطريق السبب وارادة المسبب لان الحضور سبب
العلم فصار كالوكيل فان للوكيل ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غايبا ولهما انه تصرف في حق
الغير اي ان الفسخ تصرف ممن له الخيار في حق من ليس له الخيار فوجه قولهما انه بالفسخ يلزم غيره حقا
فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به وتبيان الوصف ان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ

فان قلت

قلت

فان قلت

انه لم يرجح تصرف المالك كان حجة محمد رحمه الله فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسالة بيع الموكل
والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته والرجحا ن
ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا جانب التصرف وهو تصرف
الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان سوى تعدد مساواة تصرف المالك مع غير المالك فقلنا به والمسالة على اربعة
اوجه ووجه الانحصار على هذه الاربعة ضروري لان الاثنين اذا دارا في الاثنين يكون اربعة لا محالة وهنا هنا
كذلك وذلك لان الخيار وتفصيل الثمن كلاهما معا موجودان في العقدين او هما غير موجودين او وجد الخيار
دون تفصيل الثمن او على العكس والبيع في الوجه الاول فيما ذكرنا من الاوجه جائز دون الاوجه الثلثة
وفساده لجهالة الثمن والمبيع اما جهالة المبيع فهو ما ذكر في الكتاب فان الذي فيه الخيار لما لم يكن معلوما
وهو غير مبيع كان الاخر وهو المتعين لكونه مبيعا غير معلوم واما جهالة الثمن فلانه لو ثبت حكم العقد
في الذي لا خيار فيه ثبت بحصته من الثمن وهو غير معلوم وجهالة المبيع او الثمن يوجب فساد العقد
فجهالتهما اولى وقبول العقد في الذي فيه الخيار جواب شبهة وهي ان يقال ينبغي ان يفسد البيع في
هذه الصورة ايضا لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لان العبد الذي فيه
الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الاخر فكان بمنزلة من جمع بين قن وحر
وباعهما وانه لا يجوز وان فصل الثمن لما ذكرنا انه جعل قبول العقد في الحر شرطا لصحة العقد في القن
وانه شرط مفسد فقال ليس هذا كذلك فان الحر غير داخل في العقد لا انعقادا ولا حكما لانه ليس بمحل للبيع
اصلا فلذلك كان قبول العقد فيه شرطا مفسدا للعقد في القن واما ههنا الذي فيه الخيار محل
للبيع فكان داخلا تحت البيع في حق الانعقاد وان لم يكن داخلا في الحكم فكان نظير من جمع بين قن ومدبر
وباعهما بالفصح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لان المدبر داخل
تحت البيع ولهذا لو قضى بجواز بيعه نفذ فكان قبوله شرطا صحيحا كذا ههنا وكان هذا لو كان الخيار للمشتري
كذا ذكره الامام المرتاشي رحمه الله والثالث ان يفصل ولا يعين اي ان يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه
الخيار بان قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما ثلاثة ايام وهو
فاسد لجهالة المبيع والرابع ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعت منك
هذين العبدين بالف على اني بالخيار في هذا بعينه ثلاثة ايام فهو فاسد لجهالة الثمن كذا ذكره الامام
قاضي خان رحمه الله **فان قلت** ما الفرق بين الوجه الاول الذي لم يفصل الثمن ولم يعين الذي فيه
الخيار والوجه الرابع الذي عين فيه الخيار ولم يفصل الثمن وبين الذي اشترى عبدين بالف درهم فاذا
احدهما مدبر او مكاتب او كان المبيع جاريتين فاذا احدهما ام الولد فان العقد ينعقد صحيحا في القن وان لم
يكن فيه تفصيل الثمن وكان الانعقاد في القن بالحصة لما ان العقد لا ينعقد في المدبر والمكاتب وام الولد
حتى لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء لا يحنث وفي البيع بشرط الخيار يحنث فكان اولى ان يكون قران المدبر ونحوه
مفسدا للبيع للقن ومع ذلك لم يكن القبول في هؤلاء شرطا مفسدا للبيع في القن عند عدم تفصيل
الثمن وافسد عدم تفصيل الثمن بيع الذي ليس فيه الخيار فيما نحن فيه **قلت** من مشايخنا رحمهم الله
من لم يشتغل بالفرق بينهما وقال فيما ذكره هنا ان لا يجوز العقد في القن في تلك المسائل ومنهم
من اشتغل بالفرق وهو الصحيح والفرق ما ذكرنا ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ويجعله
العقد في حق الحكم كالمعدوم كما شرط فيه الخيار واذا لم ينعقد العقد في حق الحكم في حق المشروط فيه الخيار
لو انعقد في حق الاخر ينعقد ابتداء بالحصة والعقد لا ينعقد ابتداء بالحصة اما في المدبر والمكاتب وام الولد
العقد منعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهم ما يمنع انعقاد العقد ولهذا لو قضى القاضي بجوازه لكن لم
يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى ان يجعل العقد غير
مباشر في حق الحكم كالعقد في حق القن ثم يجب قسمة الثمن بعد ذلك عند فسخ العقد على هؤلاء والانقسام
ابدا تكون بالحصة ولا يجب خللا في العقد كالو جمع بين عبدين واحدهما عبده وباعهما صفقة واحدة وفيما
نحن فيه البيع منعقد بالخيار فالحاصل ان المانع من حكم العقد فيما نحن فيه مقترن بالعقد لفظا ومعنى فكان
المفسد في بيع القن مع هؤلاء المانع مقترن بالعقد معنى لا لفظا فلم يؤثر المفسد ونظيره المشتري من
الغاصب اذا اعتقه ثم اجاز المولى البيع جاز الاعتاق والمشتري ممن باع على انه بالخيار اذا اعتقه ثم اجاز لا ينفذ

[illegible]

لما اشترينا اليه كذا في الذخيرة والفوايد الظهيرية ثم اعلم ان مسالة الكتاب وهي ما اذا باع عبدين بالف درهم
على انه بالخيار في احدهما نظير دليل الخصوص هذا دليل الخصوص يشبه الناسخ من حيث الصيغة على معنى ان الخيار
لا يمنع دخوله تحت الايجاب ويشبه الاستثنا من حيث الحكم على معنى ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم
فلشبهه بالناسخ اذا عين الذي فيه الخيار وبين الثمن يجوز لدخوله تحت الايجاب بخلاف الحر او الميتة فانه
لا يدخل في الايجاب فيفسد البيع هناك فصل الثمن او لم يفصل ولشبهه بالاستثنا اذا لم يعين الذي فيه
الخيار او لم يفصل الثمن لا يجوز واما الذي يشبه الناسخ في البيع من كل وجه اذا باع عبدين فمات احدهما
قبل التسليم او استحق او وجد مدبرا والذي يشبه الاستثنا من كل وجه ما اذا اضيف البيع الى حر وعبد
بثمن واحد او اضيف البيع الى حي وميت على ما هو المعروف في اصول الفقه ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ
ايهما شا هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على البعض في اصول الفقه ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما
شا هذا من قبيل اطلاق اسم الكل على البعض مجازا لان المشتري اشترى احد الثوبين لا الثوبين على ما ذكر
في الكتاب فكان هذا نظير قوله تعالى يخرج منهما اللولو والمرجان اضاف الخروج اليهما وان كان من احدهما فكذا
هنا وذكر فخر الاسلام رحمه الله وانما قال اشترى ثوبين وانما اشترى احدهما مجازا لاحتمال ان يكون كل واحد
منهما هو المبيع والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع كما لو قال بعت منك احد هذين الثوبين ولم
يذكر الخيار وكما لو كانت الثياب اربعة وذكر الخيار او لم يذكر فان المبيع احد الثياب وهي متفاوتة في نفسها
وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد الا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمنه كان العقد
فاسدا لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع فكذلك اذا اشترط
الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرر ولا يزيله وجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة
فلا يمنع صحة العقد كما لو اشترى قفيزا من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك
تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم لكل ثوب ثمنا لان هناك ثمن ما تناوله العقد مجهول فانما
فسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التي تمكن بسبب عدم تعيين المبيع معتبرة بالغرر الذي يتمكن بسبب
شرط الخيار وذلك يحتمل في الثلاثة وما دونه ولا يحتمل في الزيادة على ذلك فكذلك هذا اعتبار المحل
بالزمان ولان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة وهي متحققة في المحل حسب تحققها في الزمان على ما ذكر في
الكتاب كذا في المبسوط والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يشتري شيئا لعياله ولا
يعجبه استصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبايع لا تسمح مروته بالدفع اليه الا ان يبتاعه والذي
يعجب عياله من هذا النوع لا يدري ما هو فتبين الحاجة الى البيع على هذا الوجه وقوله ولا يمكنه البايع من
التمكن من الحمل اليه اي الى من يثق به فكان في معنى ما ورد به الشرع وهو شرط الخيار ثلاثة ايام كذا في الفوايد
الظهيرية والجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله والرخصة ثبتت للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة اي والرخصة
انما ثبتت شرعا بوصفين وهما الحاجة وعدم افضا الجهالة الى المنازعة فلا تثبت باحدهما وهو الحاجة
فلا تثبت الرخصة وان كان الاخر موجودا وهو عدم افضا الجهالة ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد
خيار الشرط مع خيار التعيين قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط
قال فخر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير والصحيح عندنا انه ليس بشرط كذا ذكره في الجامع الصغير والصحيح عندنا
انه ليس بشرط كذا ذكره في الجامع وذكر في الفوايد الظهيرية يتعلق بقول هذا القايل انه اذا لم يشترط خيار الشرط لم يتم العقد
في احدهما حتى لا يردهما وعلى قول الكرخي رحمه الله له ان يردهما لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال
الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير وضع محمد رحمه الله المسالة ههنا فيما اذا بين مدة الخيار فقال ياخذ
ايهما شا بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام وهكذا ذكر في الماذون ووضع المسالة في الجامع وعين على ان ياخذ
ايهما شا بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام وههنا لم يذكر الزيادة واختلف المشايخ رحمهم الله فيه
قال بعضهم يصح العقد وان لم يذكروا الزيادة لان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق به جواز العقد بل الزيادة
وذكر في الكتاب وقع اتفاقا وقال اكثر المشايخ رحمهم الله لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا
معلوما ثلاثة ايام فما دونها في قول ابي حنيفة رحمه الله وزيادة على ذلك في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله لان القياس يابي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بطريق
الالحاق بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين

فان

فان قلت ... قلت ... [illegible]

الكل

الكتابه مجهولا ولا ندرى لعل الشرط باطل يعنى ان شرط ابها خلت كذا فالبيع فاسد لانه لا يدرى لعل الشرط باطل يعنى ان
اشتراط مقدار من الخط لتبين في وسع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرطا مفسدا للعقد حتى لو
اشترط ابها حلوبة اوكبونى ذكر الطحاوى رحمه الله ان هذا شرط لا يفسد به العقد لما ان هذا شرط
وصف مرغوب فيه وكذلك قوله على انه خباز او كاتب كان من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان
الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفته سبيل للبايع كما اذا اشترى قوسا على انه هملاج او اشترى
كلبا على انه صائد فانه يجوز كذا هاهنا كذا في المبسوط وحاصله ان هذا الوصف لما كان وصفا
مرغوبا فيه ولمعرفته سبيل بان يامره بالخبز والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع فانه
على هذا الوصف المرغوب لا على وجه الشرط فكان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان شرطا
كان مما يقتضيه العقد لا يفسد البيع على ما ياتى تفصيل الشروط التى تفسد العقد والتى لا تفسد
في باب البيع الفاسد ان شا الله تعالى وذكر في الذخيرة قال محمد رحمه الله في الزيادات واذا اشترى
الرجل من اخر عبدا على انه كاتب او خباز فالبيع جايز فان قبضه المشترى ووجده كاتبا او خبازا على
ادنى ما يطلق الاسم لا يكون له حق الرد لوجود المشروط فان المستحق لمطلق الشرط ادنى ما يطلق عليه
الاسم لا النهاية في الجودة كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ادنى ما يطلق عليه الاسم ومعناه
ان يفعل من ذلك ما يسمى الفاعل به خبازا او كاتبا وهذا لان كل واحد في العادة لا يعجز من ان يكتب
على وجه تستبين حروفه وان يخبز مقدار ما يندفع الهلاك عن نفسه وبذلك لا يسمى كاتبا وخبازا
فشرط الانسان بادنى ما يطلق عليه اسم الكاتب والخباز باعتبار ولهذا قال وان وجده لا يحسن الكتابة
والخبز ومعناه انه لا يعرف من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبا او خبازا كان للمشترى الرد فان
امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البايع بحصته من الثمن لانه فات عليه شرط مرغوب
فيه فيقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بالشرط ويقوم غير
كاتب وخباز فينظر الى التفاوت ما بين ذلك فان كان مثلا العشر يرجع على البايع بعشر الثمن كما في خيار
العيب وان كان التفاوت مثلا الخمس يرجع على البايع بخمس الثمن وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله
انه ليس للمشترى ان يرجع على البايع هاهنا بشى لان ثبوت الخيار للمشترى انما كان بالشرط لا بالعقد وبعد
الرد في خيار الشرط للمشترى لا يوجب الرجوع للمشترى على البايع بشى ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح
لان ثبوت الخيار للمشترى هاهنا ما كان بحكم الشرط وليس اثر الشرط في اثبات الخيار للمشترى بل اثره
في صيرورة المشروط مستحقا بالعقد ثم ثبوت الخيار لعجز البايع عن تسليم ما صار مستحقا للمشترى
بالعقد فصار كعجز البايع عن تسليم صفة السلامة فان وقع الاختلاف بين المشترى وبين البايع في
هذه الصورة بعد ما مضى حين من وقت البيع فقال المشترى لم اجده كاتبا ولا خبازا وقال البايع انى
سلمته اليك كاتبا وخبازا ولكنه نسى عندك وقد ينسى ذلك في مثل تلك المدة فالقول قول المشترى
لان الاختلاف وقع في وصف عارض لان الاصل عدم الكتابة والخبز قال في الجامع ولذلك لو قال
البايع هو الساعة كما شرطت وقال العبد انا كذلك الا انى لا افعل كان القول قول المشترى ولا يعتبر
قول العبد اما لانه لا شهادة له اولانه شهادة فرد واذا اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز وهى
تحسن ذلك فنسيت في يد البايع ردها لان الجارية بالعقد صارت مستحقة على الصفة الموجودة وقت
الاستحقاق فحكم الوجود بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات مثل الفرس والبقر والغنم بخلاف الذكورة
والانوثة في بنى ادم فانها يورث فيهم اختلاف الجنس لفحش التفاوت لما عرف في باب المهر من النكاح
واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لكن لو امتنع الرد بسبب حدوث عيب في يد المشترى يرجع بالنقصان على
البايع كما ذكره من رواية الذخيرة والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

٥ ٥ باب خيار الرؤية ٥ ٥

لما شرع في بيان باب الخيارات قدم ما هو اكثر تاثيرا في العقد ثم الى ما لم يقدم كذلك لما ذكرنا ان خيار
الشرط يمنع الحكم وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم وخيار العيب يمنع لزوم الحكم فيحتاج هاهنا الى بيان صورة مسئلة
خيار الرؤية والى بيان شرعيته والى بيان مواضع ما يثبت فيه خيار الرؤية والى بيان انه في اى وقت

يثبت والبيان انه يثبت مطلقا ام مؤقتا والبيان حكمه والبيان ما يسقطه اما الاول فقد ذكر في
الذخيرة فقال صورة مسألة خيار الرؤية هي ان يقول الرجل لغيره بعت منك الثوب الذي في كمي هذا
وصفته كذا او الدرة التي في كفي هذه وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية
المنتقبة واما اذا قال بعت ما في كمي هذا او كفي هذه من شيء هل يجوز هذا البيع لم يذكره في المبسوط قال
عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى فاطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا ومنهم من قال لا يجوز ههنا واشار
في المبسوط الى صورة مسألة خيار الرؤية التي اختلفنا فيها نحن والشافعي رحمه الله فيما اذا اشار الى المعقود
عليه او الى مكانه بان اشار الى الجارية وانها بين يديه متنقبة او اشار الى مكانها وليس في ذلك المكان
مسمى بذلك الاسم غيرها اما لو قال بعت منك عبدا ولم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز البيع بالاجماع حتى
حمل هذه المسألة الاخيرة فيه منقوضا عليه للشافعي رحمه الله تعالى وذكر في الاسرار وذلك اي الذي
اختلفنا فيه في شرى عبد او امة متنقبة مشار اليها حاضرة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا انكشفت وعنده
لا يجوز وكذلك الدنانير في الحقة الحاضرة المشار اليها وكذلك العين الغائب المشار الى مكانه وليس في
ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلوم في هذه المسائل ثم قال لان
كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اي بالاجماع واما بيان مشروعيته قال
اصحابنا رحمهم الله تعالى بان خيار الرؤية مشروع في شرى ما لم يره المشتري فيجوز الشرى ويثبت له الخيار
اذا راه وقال الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشتري فالعقد باطل قولا واحدا وان كان
جنس المبيع معلوما فله فيه قولان كذا في المبسوط واما بيان وقت ثبوت الخيار فنقول يثبت الخيار
عند رؤية المشتري لا قبلها حتى لو اجاز البيع قبل الرؤية لا يلزم البيع ولا يسقط الخيار وهل يملك الفسخ
قبل الرؤية لا رواية في هذا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يملك لانه لا يملك الاجازة قبل
الرؤية فلا يملك الفسخ لان الخيار لم يثبت وبعضهم قالوا يملك الفسخ لا بسبب الخيار لانه غير ثابت
ولكن شرى ما لم يره المشتري عقد غير لازم والعقد الذي ليس بلازم يجوز فسخه كالعارية والوديعة كذا
في التحفة وذكر في شرح الطحاوي مطلقا بقوله لو يجوز الرد قبل الرؤية لان الرد بخيار الرؤية فسخ وهو
الرؤية اقرب الى الفسخ والرضا به قبل الرؤية لا يجوز وله الخيار اذا راه لان اقدامه على الشرا كان رضا
منه ومع ذلك يثبت له الخيار في الرد وكذلك اذا رضي به قبل الرؤية واما بيان مواضعه فقد ذكر في
شرح الطحاوي والذخيرة وخيار الرؤية انما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى
مال والقسمة والشرا وما اشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا يثبت خيار الرؤية في كل عقد
لا ينفسخ برده كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من العقود التي يكون
المرد مضمونا بنفسه لا بمقابلة لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لانه لا يرتفع العقد ويبقى العقد يوجب
مطالبة العين فاذا نقض برده ايضا فيؤدي الى ما لا يتناهى وكذلك الرد بالعيب الفاحش واليسير
انما يثبت في حق كل عقد ينفسخ بالرد ويكون مضمونا بنفسه لا بمقابلة كالمهر وبدل الخلع فانه لا يرد
بالعيب اليسير وانما يرد بالعيب الفاحش لانه لا فائدة في الرد بالعيب اليسير لانه لو رده يرجع بمثله
وقد يدخل العيب في بدله ايضا فيحتاج الى الرد واما بيان ان الخيار مطلق او موقت اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم يثبت مطلقا فيكون له الخيار في جميع العمر الا اذا وجد ما يسقطه وبعضهم قالوا موقت
بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو تمكن من الفسخ ولم يفسخ يسقط خيار الرؤية وان لم يوجد منه
الاجازة والرضا صريحا ولا دلالة واما حكمه فهو التخيير بين الاجازة والفسخ ولا يمنع ثبوت الملك
في البدلين ولكن يمنع اللزوم بخلاف خيار الشرط واما ما يسقط به الخيار فنقول ان خيار الرؤية
لا يسقط بالاسقاط صريحا بان قال المشتري اسقطت خياري لما روى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى لا قبل
الرؤية ولا بعدها بخلاف خيار الشرط وخيار العيب ثم خيار الرؤية انما يسقط بصريح الرضا ودلالة الرضا بعد
الرؤية لا قبل الرؤية ويسقط بتعذر الفسخ ويلزم العقد حكما وضرورة قبل الرؤية وبعدها لانه يجوز
ان يثبت الشيء ضرورة وان كان لا يثبت قصدا كالموكل لا يملك عزل الوكيل بدون علمه قصدا ويملك
ضرورة بان باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل كذا في التحفة لان المبيع مجهول وذلك لانه لم يعرف من المعقود
عليها الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبدا ولم يشر اليه ولا الى مكانه ولعلمائنا رحمهم الله تعالى

العمومات

اليه للامتحان الا انه لا يحل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار وهذا لانه متى فعل فعلا
يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك متى جعل دليل الاختيار وسقط خياره اول مرة لا يفيد الخيار فائدته
لان فائدة شرط الخيار امكان الرد متى لم يوافقه بعد الامتحان متى لزمه البيع بفعل الامتحان اول مرة يفوت
فائدة الخيار اذا ثبت هذا فنقول اذا اشترى جارية على انه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام م
يحتاج اليه للامتحان وانه يحل بدون الملك في الجملة فلم يكن الاستخدام به مرة دليل الاختيار فبقي على خياره
بخلاف ما لو وطئها حيث يبطل خياره وان كان الوطي محتاجا اليه للامتحان لانها تشترى للوطي ولا يعلم كونها
صالحة للوطي بالنظر اليها انما كان كذلك لان الوطي تصرف لا يحل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيارا نا
للملك حتى لا يقع وطئه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحل في غير الملك وان استخدمها مرة اخرى فان
كان في النوع الذي استخدمها في المرة الاولى كان اختيارا للملك لان المرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للا متحان
والعرض على البيع والتقبيل واللمس عن شهوة ولبس الثوب مرة اخرى وركوب الدابة مرة اخرى كل ذلك يسقط
الخيار لما انه غير محتاج للامتحان او لا يحل في غير الملك وامثالها مذكورة في الفتاوى **قوله** رحمه الله ثم
ان كان تصرفا لا رفعه الى ان قال يبطله قبل الرؤية وبعدها **فان قيل** لو بطل خياره قبل الرؤية يكون
مخالفا لحكم النص لان النص اثبت الخيار اذا راه بقوله فله الخيار قلنا ذاك فيما اذا امكن العمل بحكم النص واما
هنا لا فاعملنا فيه على الملك والملك ثابت فتصح هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن رفعها
فسقط الخيار ضرورة وذكر في الذخيرة اذا تصرف المشتري في المبيع قبل الرؤية تصرف الملاك فهو على وجهين ان
كان تصرفا لا يمكن فسخه بعد وقوعه ونفاذه نحو الاعتاق والتدبير لزم البيع وبطل خياره لانه ملك المشتري
قبل الرؤية فنفذت هذه التصرفات وبعد نفاذ هذه التصرفات يتعذر الفسخ فيبطل الخيار ضرورة وكذلك
لو علق بالمبيع حقا للغير بان اجر او رهن او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ فيبطل الخيار
ضرورة حتى لو افتك المرهون او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم راه لا يكون له الرد وان
كان تصرفا لم يتعلق به حق الغير بان باع بشرط الخيار لنفسه او وهب ولم يسلم او عرض على البيع لا يبطل خياره وان
كانت هذه التصرفات منه بعد الرؤية يبطل خياره هكذا ذكره القدوري رحمه الله هذه الجملة في كتابه والفرق
بين ما قبل الرؤية وبين ما بعد الرؤية في حق التصرفات التي لم يتعلق بها حق الغير ان خيار الرؤية لو بطل بهذه
التصرفات انما يبطل من حيث انها دليل الرضا بالامساك لا باعتبار تعلق حق الغير لان خيار الرؤية لا يسقط
بصريح الرضا فكذا لا يسقط بدليله ايضا او الى ظاهر الثوب مطويا وفي الايضاح وان كانت ثيابا فلا بد ان ينظر
الى ظاهر كل ثوب او الى وجه الجارية ذكر الجارية وقع اتفاقا فان الحكم في الغلام كذلك فانه ذكر في الايضاح والمعتبر
في العبد والامة النظر الى الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار لان العلم به وبصفاته يتحقق برؤية
الوجه وذكر في الذخيرة اصلا لجنس هذه المسائل فقال والاصل فيه ان غير المرئي ان كان تبعا للمرئي فليس له رد
غير المرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع بيانه اذا اشترى جارية او عبدا وراى وجهه ورضي به
لا يكون له الخيار بعد ذلك ولو راى ظهرها ولم ير وجهها فله خيار الرؤية لان سائر الاعضاء في العبد والجواري
تبع للوجه الا ترى انه تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء **قوله** رحمه الله لتعذر الرد
اما في العبد والامة فظاهر لان في رؤية جميع بدنها رؤية مواضع عورتهما ففي العبد لا يجوز اصلا سوى فسخ
العقد او لم يفسخ واما في الامة فانه لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره الى عورتها واقعا
في غير ملكه لان الفسخ رفع العقد من الاصل وصار كان العقد لم يوجد فكان نظره وقع حراما في اصله واما
في الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطي على التقدير باشتراط رؤية جميع اجزائه وفي الصبرة
لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة لادائه الى امر متعذر بالغ غايته وامر غير مفيد لان الصبرة من ذوات
الامثال فيكتفي برؤية ما ظهر منها لذلك والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ويكتفي برؤية
ما يدل على العلم بالمقصود كان هنا في الفعل نظير العموم في القول اذا لم يمكن اجراؤه على العموم وهو ان صيغة
العموم اذا اضيفت الى محل لا يقبل العموم يراد بها اخص الخصوص الذي دل عليه الكلام كما في قوله تعالى لا يستوي
اصحاب النار واصحاب الجنة اصحاب الجنة هم الفائزون فكان عدم الاستوا بينهما من حيث الفوز والنجاة لتعذر
اجرا العموم على عمومه لوجود الاستوا بينهما من حيث الوجود والانسانية والتكليف وغيرها ففي هذا ايضا لما لم يشترط
رؤية جميع المبيع للتعذر لما قلنا اكتفي باشتراط رؤية ما هو المقصود وعلامته اي وعلامة الشيء الذي لا يتفاوت

اجارة النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموذه كذا في المغرب الا اذا كان الباقي اردى مما راى فحينئذ يكون له الخيار لانه انما رضي به اذا كان بالصفة التي راى فاذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه ان يثبت ذلك بالبينة والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة والمكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفى فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد بلا خلاف واذا كان في وعائين فراى ما في احد الوعائين اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق اذا رضي بما راى يبطل خياره في الكل اذا وجد ما في الوعاء الاخر مثل ما راى او فوقه اما اذا وجده دونه فهو على خياره ولكن اذا اراد الرد يرد الكل وهو الصحيح من هذا القبيل اي من القبيل الذي يتفاوت احاده فثوب المال جمعته قنوا وقنوه واقتنيته اتخذته لنفسي قنية اي اصل مال للنسل لا للتجارة كذا في المغرب وذكر في الذخيرة وفي شاة القنية لا بد من نظر ضرعها وسائر جسدها وفي شاة اللحم لا بد من الجس حتى يتبين به الهزال والسمن فاما الثوم فلا بد من الدخول في داخل الدار كما قال زفر رحمه الله فاما جواب الكتاب فبناء على دورهم بالكوفة فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما في ديارنا فمالية الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها وذلك لا يصير معلوما بالجس الا بالنظر اليها من داخل فالجواب عن ما قال زفر رحمه الله ثم حقق الكلام في المسالة فحجة زفر رحمه الله هذا الحرف الذي ذكرناه وحجتنا ان النظر الى كل جزء من اجزائها متعذر فانه يتعذر عليه ان ينظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا سقط شرط رؤية الكل المتعذر اقام رؤية جزء منها مقام رؤية الجميع تيسيرا كذا في المبسوط وذكر في المحيط والذخيرة وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى انه اذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية بعض الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه ونظر الوكيل كنظر المشتري ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري في الفرق بين الرسول والوكيل ان الرسول هو الذي لا يستغني عن اضافة العقد الى مرسله بخلاف الوكيل فانه يعقد بالاستبداد ويثبت الفرق بينهما ايضا في كتاب الله تعالى قال الله تعالى يا ايها الرسول بلغ ما انزل اليك من ربك وقال وما انت عليهم بوكيل وقال قل لست عليكم بوكيل نفى الوكالة منه واثبت الرسالة عليه لان الرسالة نيابة والوكالة اصالة في حق العقد والقبض لان الحقوق راجعة اليه ولا كذلك الرسول كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وذكر في الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني او يقول امرتك بقبضه وقالا هما سواء اي حكم الوكيل بمنزلة حكم الرسول حتى يبقى الخيار بعده ونبهما فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع وانما قيد بالوكيل بالشراء للاحتراز عن مسالتين احداهما الوكيل بالقبض فهو مختلف فيه والكلام فيه والثانية الرسول بالشراء فان رؤيته لا يكون كرؤية المرسل كذا في المحيط التوكيل قبول الوكالة ومنه وكله للبيع فتوكل به اي قبل الوكالة كذا في المغرب وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا بان اشترى شيئا معيبا قبل الرؤية ثم وكل رجلا بقبضه فقبض الوكيل وابرا عنه لا يسقط خيار العيب عن الموكل وكذا اذا اشترى الرجل شيئا بخيار الشرط ثم وكل رجلا اخر بقبضه فقبضه لا يسقط خيار الشرط عن الموكل واما صورة الاسقاط قصدا فهي ان الوكيل بالقبض اذا قبضه مستورا ثم راه فاسقط الخيار قصدا لا يسقط الخيار ثم وهو ان يقبض وهو يراه وانما سمي هذا النوع من القبض تاما لمسالتين احداهما ان خيار الرؤية يبطل بمثل هذا القبض علمنا ان هذا القبض تام والثانية انه تفرق الصفقة بعد هذا القبض جائز بان اشترى شيئين وقبضهما وهو يراهما ثم وجد باحدهما عيبا لا يرده خاصة بل يردهما الا اذا كان قبل القبض فلا يتم مع بقاء خيار الرؤية لانه لو تم القبض مع بقائه لقدر على تفريق الصفقة فلا يقدر كما بينا والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل اي ملك القبض بنوعيه من التام والناقص فكذا الوكيل لانه قائم مقامه **فان قلت** هذا الوكيل لم يقم مقام موكله في مسالتين فهذا يجب ان لا يقوم مقامه في النظر عند القبض وان كان القبض تاما اما المسالتان فاحداهما الوكيل لو راى قبل القبض لم يسقط به الخيار ولو قام مقام الموكل لسقط به كالموكل نفسه لو راى ولم يقبض والمسالة في الاشارة والثانية ان الموكل لو قبضه مستورا ولم ير ثم راه بعد القبض فابطل الخيار قصدا يبطل خيار الرؤية

ولو قبضه الوكيل مستورا ثم ابطل الخيار قصدا بعد ما راه لا يبطل فلما لم يقم الوكيل مقام الموكل في هاتين المسالتين وجب ان لا يقوم مقام الموكل فيما اختلفنا فيه لما ان كل واحدة من هذه المسائل الثلاث نظيرة الاخرى **قلت** الاصل فيما اختلفنا فيه وهو ان الوكيل بالقبض لو قبضه وهو يراه انما يبطل خياره ضمنا لاتمام قبضه لانه وكله بالقبض فيجب ان يكون قبضه تاما ولا يتم قبضه مع بقاء خيار الرؤية فمن ضرورة اتمام القبض بطلان خيار الرؤية فلذلك لم يملك ابطال الخيار قصدا وفيما ليست هذه الضرورة وذكر في الاسرار انما يملك الوكيل ابطال الخيار مقتضى ملكه تمام القبض فيتقدر بقدره ولم يملك قصدا كمن قال لاخر اعتق عبدك عني على الف درهم فان المامور ملك البيع عنه بمقتضى الاعتاق عنه فكذلك لو قال اعتقت ثبت البيع ولو قال بعت مقصودا بغير عتق لم يتم البيع فلذلك قلنا في المسالة الاولى لا يملك الوكيل الفسخ لانه لم يؤمر به ولا الاجازة قبل القبض وان راى لانه لم يوكل به وانما وكل بالقبض التام ولا تمام الا بسقوط الخيار برؤيته فيثبت ذلك بمقتضى ملكه تمام القبض فيتقدر بقدره لان الثابت في ضمن الشيء لا يثبت بدون ذلك الشيء وكم من شيء يثبت ولا يثبت قصدا وكذلك المسالة الثانية لما قبضه الوكيل مستورا وجد القبض الناقص فاكتفى به لضرورة وجود القبض وان كان ناقصا كالبيع الفاسد بعد القبض في اثبات الملك قام مقام الصحيح وكالصلاة الناقصة بترك الواجبات ساهيا قائمة مقام الكاملة في الاجزاء عن الخروج عن ما وجب في ذمته من الفرض فلما اكتفى به ثم لو قلنا بسقوط الخيار باسقاطه لكان اسقاط الخيار مقصودا وهو لا يملك ذلك فلا يبطل بتصرفه فيما لم يوكل به بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة لانه لا يمنع تمام القبض ولهذا املك بعد القبض رد المعيب خاصة ثم صحته ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل فالوكيل لا يملك اسقاطه لانه لم يوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط كذا في المبسوط والفقه فيه هو ان المشتري رضي بالعقد على اعتبار السلامة والحقد وردي التسليم ظاهرا والثمن يقابل الذات لا الوصف والرائب وصف فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يملك الرد الا بقضاء او رضا لانه نقض بعد التمام فكان محتاجا الى الموكل وخيار الشرط على الخلاف وقد ذكرنا العذوري رحمه الله ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما راه وهو على هذا الخلاف ايضا كذا في الذخيرة فالموكل لا يملك التام منه اي من القبض فان الموكل اذا قبض ما اشتراه بشرط الخيار وهو يراه لا يتم قبضه بهذا بل يبقى له خيار الشرط كما كان وبقاء خيار الشرط والرؤية يمنع تمام القبض وهذا لان المشتري انما شرط الخيار لنفسه ليتروى فيه هل هو يصلح له ام لا وان كان وذلك انما يكون بعد القبض وهو ينظر اليه وهو الاصل لم يسقط بقبض وكيله الذي هو نائب عنه ايضا بخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة فاما اتمام ما ارسل به فليس اليه كالرسول بالعقد ليس اليه من القبض والتسليم شيء كذا في المبسوط وقد ذكرنا الفرق قبل هذا بين هذا وبين الرسول تام من هذا وبيع الاعمى وشراؤه جائز والكلام في هذا في فصول احدها جواز العقد عندنا من الاعمى بيعا كان او شراء وقال الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا يعرف كون الاشياء وصفتها وهذا غلط فالناس تعارفوا معاملة العميان من غير نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير اصل في الشرع بمنزلة من اصله من لا يملك ان يشتري بنفسه لا يملك ان يامر غيره به فاذا احتاج الاعمى الى ما كول ولا يتمكن من ان يشتري او يوكل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى واذا ثبت جواز شرائه فاما ان كان المشتري مما يعرف بالجس او الذوق فهو كالبصير في ذلك وان كان مما تعرف صفته بالجس كما تعرف بالرؤية فالمس منه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه وقال رضيت به سقط خياره وما لا يمكن معرفته باللمس كالعقارات فانه يوصف له بما يلمس بما يمكن فاذا قال قد رضيت سقط خياره لا رؤية الوكيل رؤية الموكل وقال بعض ائمة بلخ رحمهم الله تعالى يمس الحائط والاشجار فاذا قال قد رضيت يسقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده في ذلك بالمس وحكي ان اعمى اشترى ارضا فقال قودوني اليها فحمل يمس الارض حتى انتهى الى موضع منها فقال اي موضع كدس منها هذا فقالوا لا فقال هذه الارض لا تصلح لانها تكسو نفسها فكان كما قال فاذا كان الاعمى بهذه الصفة فرضي بها بعد ما مسها سقط خياره كذا في المبسوط كتحريك الشفتين واجراء الموسى ذكر في الفوائد الظهيرية بالذوق فيهما وقال لان المصير الى التشبه عند العجز عن الحقيقة واجب كالمحرم اذا اراد التحلل وقد قرع راسه يلزم اجراء الموسى عليه تشبها بالمحلقين وكذلك الاخرس يلزمه تحريك الشفتين عند القراءة وذكر في الذخيرة بعد ما ذكر هذه الاقوال وفي الحقيقة لا اختلاف بين الروايات والمنظور في الروايات كلها اعمى ما يتصور ثم قال ولو وصف له ثم ابصر فلا خيار له لان العقد

وقد تم حين وصف له وسقط الخيار فلا يعود بعد ذلك ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان المعنى الناقل للخيار من النظر الى الصفة تحقق في هذا كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية سواء كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام الصفقة عبارة عن العقد الذي تناهى في حق موجبه قال عمر رضي الله تعالى عنه البيع صفقة او خيار ومعناه اما ان يكون متناهيا في اللزوم او يتعلق اللزوم بشرط الخيار فعبر بالصفقة عن التناهي في اللزوم وخيار الشرط ينفي هذا وكذلك خيار الرؤية كذا في الايضاح ثم تفريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث نهى النبي عليه الصلوة والسلام عن تفريق الصفقة. **فان قيل** ينبغي ان يكون في هذه الصورة ولاية رد احد الثوبين الذي لم يره لقوله عليه الصلوة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار **قلنا** العمل بموجب قوله نهى عن تفريق الصفقة محكم في افادة التحريم اي موجبه ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى شيئا لم يره غير ثابت في جميع الصور الا ترى انه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبر فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحا هذا جواب نقل عن الامام العلامة مولانا شمس الدين الكردري رحمه الله او لان قوله نهى محرم والمحرم راجح على المبيح او لان قوله نهى عن تفريق الصفقة متاخر عن المبيح والا يلزم تكرار الفسخ لما عرف او لان الرد كما كان عن ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى الثوبين لا احد الثوبين والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى وذكر في الفوائد الظهيرية والاصل في هذا ان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة وكذا خيار الشرط وكذا خيار العيب قبل القبض وخيار العيب بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة اما خيار الشرط وخيار الرؤية فباعتبار الخلل في الرضا وكذلك العقد قبل القبض غير تام لانه لا يفيد ملك التصرف ان كان يفيد ملك الرقبة وخيار العيب بعد القبض لا يمنع تمام الصفقة لانه انما يثبت لفوات وصف من اوصاف المبيع وفوات بعض الاوصاف لا يكون اقوى من فوات بعض المبيع وذلك لا يمنع تمام الصفقة اذا اتصل به القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز اعتبارا بابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الردي الى الجيد ترويجا للردي بالجيد **فان قيل** هذا المعنى موجود في خيار العيب بعد القبض ومع ذلك يملك التفريق وان كان فيه اضرار بالبائع قلنا التفريق قبل القبض اضر لمكان التفرد والاستبداد بالرد لانه يرتد بمجرد الرد والتفريق بعد بعد القبض اخف ضررا لافتقار الرد بعد القبض الى القضا او الرضا **قوله** رحمه الله ثم لا يرده وحده بل يردهما **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين مسالة الاستحقاق فانه اذا اشترى ثوبين او عبدين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وههنا في خيار الشرط اذا رد احدهما يرد الاخر ايضا **قلت** الفرق بينهما من حيث لزوم تفريق الصفقة وعدم لزومه ففي خيار الرؤية والشرط لو رد احدهما دون الاخر يلزم تفريق الصفقة لما ذكرنا ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية والشرط واما في فصل الاستحقاق بان استحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب لكن في صورة الاستحقاق ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري وفي خيار الرؤية والشرط لزوم رد الاخر لدفع ضرر يلزم البائع الى هذا اشار في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله الا اذا لم يعلمه برؤيته اي لا يعلم انه هو الذي رآه وان اختلفا في التغير فالقول للبائع اي مع يمينه لان المشتري يدعي عارضا والبائع ينكر وعلى المشتري البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري وفي ذلك الحكم هكذا وكان هذا الا اذا بعدت المدة فحينئذ كان القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له لان الشيء يتغير بطول الزمان والله قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وقال ارايت لو كانت جارية شابة راها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الدين والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله كذا في المبسوط والذخيرة وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول للبائع وذكر في الايضاح واذا اختلف البائع والمشتري في رؤية ما اشترى فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه امر حادث والمشتري ينكر كان القول قوله مع اليمين الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية كذا في المغرب ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه وباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه

بيع

بيع او هبة ولانه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاث من خيار الشرط والرؤية والعيب سوا في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء ذكر الضمير اولا بقوله فباع منه ثم انثه بقوله لم يرد شيئا منها ردا الى اللفظ والمعنى لان عدل زطي مذكور لفظا الا انه في معنى الثياب الزطية فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا بياتا او هم قائلون وكذلك خيار الشرط اي ليس له ان يرد شيئا منها بخيار الشرط اذا كان اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهب وحاصل ذلك ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير فقال وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل ذلك على وجوه ثلاثة اما ان كان المشتري قبض المبيع او قبض بعضه او لم يقبض شيئا ففي خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال ما لانه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض فكذلك لان الصفقة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما تحصل بانتهاء الاحكام والمقصود وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان بتسليم البعض لا يتناهى حكم العقد وان قبض الكل فوجد ببعضه عيبا ان كان المبيع شيئا واحدا كالثوب والدار والعبد يرد الكل او يمسك وان كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة على ما يجيء في باب خيار العيب لان العيب وجد باحدهما وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لانه رضي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة فلهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض الا بالقضا او رضا وفي خيار الشرط والرؤية ينفرد بالرد وفي فصل الاستحقاق ان استحق بعض المبيع قبل القبض او بعد ما قبض بعض المبيع كان له ان يرد غير المستحق لان باستحقاق البعض تفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان قبض الكل ثم استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا او ثوبا واستحق بعضه كان له ان يرد الباقي وان كان عبدين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وقد ذكرناه وفيه وضع المسالة اي وفي المقبوض على ما ذكرناه ولو عاد اليه بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بقضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه ذكر في فتاوى قاضي خان هو الصحيح والله اعلم

باب خيار العيب

فرتب ابواب الخيارات من الشرط والرؤية والعيب على حسب ترتيب قوة تاثيرها في البيع وقد ذكرناه العيب هو ان تخلو عنه اصل الفطرة السليمة كذا في المبسوط اعلم ان مسائل خيار العيب في مواضع في بيان شرعية خيار العيب وفي بيان العيوب التي توجب الخيار جملة وتفصيلا وفي بيان ما يمنع الرد ويسقط الخيار وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفي بيان المراد عن العيوب اما الاول فلان سلامة البدلين في عقد المبادلة مطلوبة عادة فيكون بمنزلة المشروط صريحا ولو اشترى جارية على انها بكر او خبازة ولم يوجد ثبت له الخيار لفوت غرضه كذا ههنا واما بيان العيوب الموجبة للخيار في الجملة فنقول كل ما اوجب نقصان القيمة او الثمن في عادة التجار فهو عيب يوجب الخيار واما تفصيل العيوب فهو على نوعين احدهما ما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر دون الباطن والثاني ما يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة اما الاول فكثير نحو العمى والعور والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة وغيرها والثاني فنحو السعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى في الجارية وغيرها كذا في التحفة لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى من عدا ابن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العدا ابن خالد بن هوذة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم ففيه تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله المرض في الجوف والكبد وفيما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبث هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع في معرفة العيوب الى عرف التجار وفي كل شيء انما يرجع الى اهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب يرد به او ما ينقص المالية فهو عيب لان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خللا في المقصود وذلك عيب يرد به كذا في المبسوط وذكر في المغرب في باب العين مع الدال الصحيح ان المشتري كان هو العدا والبائع كان رسول الله صلى الله عليه

وسلم لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن وذلك لانه لا يخلو اما ان يقابل الثمن بالوصف والاصل او بالاول
دون الثاني او بالثاني دون الاول لا يجوز الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث
ولان الثمن عين فيجب ان يكون مقابلا بالعين دون الوصف **قوله** رحمه الله في مجرد العقد احترازا عما
اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول فحينئذ يكون لها قسط من الثمن حتى ان البائع اذا قطع يد العبد بعد
البيع قبل قبض المشتري سقط من الثمن بقدره بخيار المشتري وعن هذا قلنا ان الرجل اذا اشترى شاة او بقرة
فحلبها وشرب اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له ان يردها بالعيب ولكن يرجع بنقصان العيب عندنا وقال
الشافعي رحمه الله يردها بالعيب بجميع الثمن وذكر في المبسوط ان هذه الزيادة في حكم المبيع ولكن ليس في مقابلها
شيء من الثمن لانها تبع محض والثمن يقابل الاصل دون التبع كاطراف المبيع لا يقابلها شيء من الثمن الا ان يصير
مقصودا بالتناول ومثل هذه الزيادة ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشتري مع الاصل صارت مقصودة
بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فاذا وجد بها عيبا كان له
ان يردها بذلك وقبل القبض لما كان لا يقابلها شيء من الثمن لا يردها مقصودا ولكن يردها مع الاصل تبعا
فاما الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض حكم العقد ولا يقابلها ثمن ولهذا
لا يكون له ان يردها ولا يرد الاصل دونها بجميع الثمن لانها تبقى متعة سالمة للمشتري بغير عوض والربا
ليس الا هذا ولهذا لا يملك ردها وان رضي البائع لانه تعذر الرد لحق الشرع ولهذا رجع بنقصان العيب
كذا في المبسوط ولانه لم يرض بزواله عن ملكه الا ولان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى
فلو امسك المشتري المبيع مع اخذ نقصان العيب يلزم ذلك فيتضرر البائع فلذلك لا يجوز ذلك **فان قيل**
يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم فلا خيار للبائع وان كان البائع يتضرر في تلك الصورة بتسليم المعيب
في التسليم لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي ان لا يثبت الخيار للمشتري هاهنا
ايضا اذا ظهر التسليم معيبا وان كان يتضرر به المشتري او يثبت الخيار هناك للبائع ايضا كما يثبت للمشتري
هاهنا **قلنا** المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون
له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما راى المبيع اصلا فلو قلنا بلزوم العقد مع العيب يتضرر
المشتري من غير علم حصل له به فيثبت له الخيار والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع واما
اذا راه المشتري عند البيع فاشتراه كان راضيا به فلا يثبت له الخيار وكذا ان تبرأ البائع منه لانه استثنا
من العقد فلم تبق صفة السلامة مستحقة له وليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ فليس ذلك بعيب
يعني ان البول والاباق عيب ما لم يبلغ بان كان عبدا صغيرا ابال في الفراش فباعه وبال في يد المشتري
ايضا وهو صغير يرده حتى اذا بلغ في يد المشتري وعاود البول لا يرده لانه عيب حادث واما اذا كان كبيرا
في يد البائع وبال في الفراش ثم باعه فعاود في يد المشتري يرده لان العيب واحد وهو معنى قوله حتى يعاوده
بعد البلوغ وحاصل ذلك ان اتحاد الحالين شرط في المعاودة سواء كان ذلك قبل البلوغ او بعد البلوغ على
ما ذكر في الكتاب وذكر في الايضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر قبل ان ياكل وحده ويشرب
وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك هو عيب ما دام صغيرا وكذا الاباق وذكر في الذخيرة
والسرقة والبول في الفراش والاباق في حالة الصغر قبل ان ياكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب وبعد ذلك
هو عيب ما دام صغيرا فاذا بلغ فهو عيب اخر سوى الذي كان حتى لو ابق او سرق في يد البائع قبل البلوغ
ثم فعل عند المشتري بعد البلوغ لم يكن له ان يرده ثم قال ومن مشايخنا من قال انما تكون هذه الاشياء
عيبا اذا كان الصغير يعقل اما اذا كان صغيرا جدا لا يكون عيبا وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا البول
في حالة الصغر انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فما فوقه واما اذا كان ابن سنة او سنتين فليس ذلك بعيب
فاما الجنون فهو عيب واحد في حالة الصغر والكبر حتى لو جن في يد البائع قبل البلوغ ثم جن عند المشتري بعد
البلوغ فله الرد وتكلم المشايخ رحمهم الله في مقدار ما يكون عيبا من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان
ساعة فهو عيب وقال بعضهم ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب واما يوم وليلة فما دونه فليس بعيب
وقال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت اقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة
انما كانت عيبا لان الانسان لا يامن السارق على ماله ونفسه وفي هذا المعنى العشرة وما دونها سواء
وقيل وما دون الدرهم نحو فلس او فلسين او ما اشبه ذلك لا يكون عيبا والعيب في السرقة لا يختلف بين

ان

ان يكون من المولى او من غيره الا في الماكولات فان سرقة ما يؤكل لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى
يعد عيبا وسرقته ما يؤكل لا لاجل الاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره وعلل في المبسوط انه حكم لا يختلف بين المولى
وغيره وقال فان كونه سارقا يخل بمقصود المولى لانه لا يتمكن من استخدامه اذ لا يامنه على ماله ويشق عليه
حفظ ماله عنه اناء الليل والنهار وان سرق مال غيره يقطع بسببه فيكون عيبا فيهما واذا ابق من البيت ولم
يخلص فهو عيب والاباق فما دون السفر عيب بلا خلاف بين المشايخ وتكلموا في انه هل يشترط الخروج من البلدة
وهذا لان الاباق انما كان عيبا لانه يوجب فوات المنافع على المولى وفي هذا المعنى السفر وما دون السفر
سواء وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رحمه الله رجل اشترى امة وابقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ثبتت
بعيب الاباق لازم لها ابدا وكذلك لو ابقت من رجل كانت عنده باجارة او عارية او وديعة ولو ابقت من الغاصب
الى مولاها فهذا ليس باباق وان ابقت فلم ترجع الى الغاصب ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاها وتقوى على
الرجوع اليه فهو عيب وان كانت لا تعرف منزل مولاها او لا تقوى على الرجوع اليه فهو ليس بعيب كذا في الذخيرة
وقال في الفوائد الظهيرية وهنا مسالة عجيبة وهي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان
له ان يرد فان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب اخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فاذا رجع بنقصان العيب
ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسالة في الكتب
قال رضي الله تعالى عنه وكان والدي رحمه الله تعالى يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بمسالتين احداهما
ان الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ان يردها فان تعيبت عنده بعيب اخر رجع بالنقصان
فاذا رجع بالنقصان ثم ابانها زوجها كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه

والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرده فان تعيب عنده بعيب اخر رجع بالنقصان فاذا رجع
ثم برئ من مرضه هل للبائع ان يسترد النقصان قالوا ان كان البرء بالمداواة لم يكن له ان يسترده والا فله
ذلك والبلوغ هنا لا بالمداواة فكان له ان يسترد والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اي ومعنى قوله
ابدا انه لا يختلف بين حالتي الصغر والكبر وليس معناه اي معنى قوله ابدا انه لا يشترط المعاودة كما في البول
والاباق وذكر في الفوائد الظهيرية والجنون في الصغر عيب ابدا من المشايخ من قال معناه اذا جن عند البائع
وجب الرد وان لم يعاوده عند المشتري لانه لا يرتفع باثاره وذلك يتبين في حماليق عينيه والصحيح ان المعاودة ٥
شرط وهي منصوص عليها في المبسوط والجامع لان احتمال الزوال بحيث لا يبقى اثره ثابت والاصل في البيع اللزوم
فلا يثبت ولاية الرد ومعنى ما قاله في الكتاب ان ولاية الرد تثبت بتقدير المعاودة وان كان الجنون عند
البائع حالة الصغر والمعاودة عند المشتري حالة الكبر لاتحاد السبب وهو فساد الباطن على ما قيل ان العقل
معدنه القلب وشعاعه الى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع بيبس الدماغ وذكر في الذخيرة واختلف
المشايخ رحمهم الله في فصل الجنون ان معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط للرد بعضهم قالوا انها ليست بشرط
بل اذا ثبت وجوده عند البائع يرده به واليه مال شمس الائمة الحلواني رحمه الله وشيخ الاسلام رحمه الله وهو
رواية المنتقى وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا المعاودة في يد المشتري شرط وهو المذكور في الاصل وفي الجامع الكبير
البخر نتن رائحة الفم والدفر رائحة متردية تجيء من الابط كذا في المبسوط وذكر في المغرب الدفر مصدر دفر
اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة الرائحة ايما كانت
ومنه مسك اذفر وابط ذفر وهو مراد الفقهاء في قولهم والبخر والدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية
وليس بعيب في الغلام لانه يستخدمه بالبعد من نفسه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله فهذا يكون
لداء في البدن وهو ينقص الثمن والبجر عيب وهو انتفاخ ما تحت السرة وبه سمي بعض الناس ابجر كذا في المبسوط
وهو الاستفراش وطلب الولد اي كون الجارية ولد الزنا يخل بمقصود المولى منها وهو الاستيلاد فان ولده يعير
بامه اذا كانت ولد الزنا ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله
له ان يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الامور ولا
يستحيي من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه مقصوده يتمكن من رده واصحابنا رحمهم الله قالوا
الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبري من العيب فكانه اشتراه على انه معيب
فاذا هو سليم وهذا لانه وجده بازيد مما شرط وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجده ازيد مما شرط
فلا حاجة الى دفع الضرر عنه باثبات حق الرد له كذا في المبسوط ولو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة

وهو عيب فان ادعى المشتري الانقطاع في مدة كثيرة فينبغي ان يدعي الانقطاع باحد السببين اما بالداء او بالحبل
حتى يسمع دعواه والدليل عليه ما ذكر في فتاوى الفضلي اذا اشترى جارية وهي طاهرة فامتد طهرها ولم تحض
من غير ظهور الحبل بها ليس له ان يردها على بايعها ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحبل او بالداء لان الارتفاع بدون
هذين الشيئين لا يعد عيبا فالمرجع في الحبل الى قول النساء والمرجع في الداء الى قول الاطباء ثم العيب الذي لا يثبت الا بقول
الاطباء لم يتفق عليه عدلان منهم لا يثبت العيب في حق سماع الخصومة بخلاف ما لا يطلع عليه الرجال حيث يثبت
بقول امراة واحدة في حق سماع الخصومة كذا في الذخيرة والتتمة لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان ذلك
دلالة داء في الباطن قال شيخ الاسلام رحمه الله الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر انها انما
تحيض لداء فيها وذلك الداء يكون عيبا فيها لا عدم الحيض والذي يؤيد هذا التعليل ما ذكره الصدر الشهيد
رحمه الله في الفتاوى الاصغر رجل اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا يسمع منه الخصومة ما لم يدع ان ارتفاع
الحيض بسبب الداء والحبل وكذلك الاستحاضة لان الاستحاضة لداء حل في عرقها اليه اشار رسول الله صلى
الله عليه وسلم حيث قال لتلك المراة ذاك عرق او قال انفجر وانما يعرف هذا اذا اشكل او وقعت في ذلك
منازعة بقول الامة لانه لا طريق لمعرفته الا هذا قالوا هذا قول محمد رحمه الله وظاهر الرواية لا قول للامة
في ذلك فاعلم ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في
مدة قصيرة فلا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وان كان ذلك في مدة مديدة فالان يلزمه الاصغاء
الى دعواه ولا بد من معرفة الفارق بين المدتين روي عن ابي يوسف رحمه الله ان المدة المديدة مقدرة بثلاثة
اشهر وعن محمد رحمه الله انه قدرها باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة وزفر رحمهما الله انهما قدراها
بسنتين واذا عرفت المدة المديدة فما دونها قصيرة فنقول ان كان القاضي من اهل الاجتهاد اخذ بما
ادى اليه اجتهاده وان لم يكن من اهل الاجتهاد اخذ بما اتفق عليه اصحابنا واذا سمع الدعوى ينبغي ان يسال
البايع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البايع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت
كذلك عندي توجهت الخصومة على البايع لتصادقهما على قيام العيب للحال فان طلب المشتري يمين البايع
يحلف البايع فان حلف بري وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم بخلاف الاستحاضة
حيث تقبل لان الاستحاضة مما يمكن الاطلاع عليه وان انكر البايع انقطاع حيضها في الحال هل يستحلف على ذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله لا وعندهما يستحلف كذا في الفوائد الظهيرية ثم اذا انضم اليه نكول البايع اي يرد الامة
اذا انضم الى قول الامة بانها لا تحيض او مستحاضة امتناع البايع عن اليمين بعد الاستحلاف وشهادة النساء
مثل قول الامة في الاحكام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي يوسف رحمه الله فانه يفرق بين القبض وعدم
القبض في حق عدم الانضمام نكول البايع الى قول الامة وفي الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله اما عدم الحيض
والاستحاضة لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في اوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت
اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب
فان انكر البايع ذلك لا يرد عليه الا بحجة ويقبل فيه قول الامة ضرورة انه لا يقف عليها غيرها فان كان ذلك
بعد القبض لا يرد بقولها لان على قول هذا القايل شهادة الامة بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه
الرجال يثبت العيب في حق سماع الدعوى ولا يكفي للرد فيستحلف البايع فان نكل رد عليه بنكوله وان كان
ذلك قبل القبض فكذلك في ظاهر الرواية انه لا يرد بشهادة النساء ولا بشهادة الامة هنا وعن ابي يوسف
رحمه الله انها ترد قبل القبض بشهادة النساء لان العقد لم يتاكد قبل القبض فجاز ان يفسخ بشهادة النساء
لان العقد لم يتاكد قبل القبض فعلى قياس تلك الرواية جاز ان يفسخ بقول الامة عند من جعل قولها حجة
وذكر في فتاوى قاضي خان رحمه الله رجل اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا او اربعين قال
القاضي الامام رحمه الله ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان
له ان يرد اذا ثبت انه كان عند البايع واذا احدث عند المشتري عيب الى قوله ولا يرد المبيع وقال ابن ابي
ليلى يرد المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد العين ولكنا نقول
حق الرد للمشتري انما يثبت كي يدفع به الضرر عن نفسه وانما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه
بالبايع وبعد ما تعيب عنده لو رده كان في ذلك الحاق الضرر بالبايع كذا في المبسوط **قوله** رحمه الله
عنه اي عن البايع فتعين الرجوع بالنقصان ولا يقال بان الاوصاف لا حصة لها من الثمن حالة الوجود الا

ترى

ترى انها لو سقطت بآفة لم يسقط شيء من الثمن فكيف يحصل لها حصة لا المعنى لهذا الا انا اثبتنا لهذه الاوصاف حصة
بالاخراج من الاستحقاق لضرورة حرمة فصارت اصولا كما لو صارت الاوصاف مقصودة بالاتلاف صارت لها
حصة وسقطت حصتها من الثمن فكذا هنا كذا في الايضاح وقد ذكر جواب هذه الشبهة في اوائل كتاب البيوع في
مسالة ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع تمام لحمه اي لحق البايع ولو اشترى ثوبا الى قوله رجع بالنقصان وهذا
لان المشتري استحق صفة السلامة بمطلق العقد فاذا علم بالعيب بعد القطع تعيب المبيع بعيب زائد فقد عجز
عن رده كما قبض فرجع بنقصان العيب نظرا لهما **فان قيل** ما الفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره
فلما شق بطنه فوجد امعاءه فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند ابي حنيفة رحمه الله وهنا قال يرجع بالنقصان
قلنا الفرق بينهما ان النحر افساد للمالية لانه بالنحر صار عرضة للنتن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق
بسرقته فيحصل معنى قيام المبيع في فصل النحر دون القطع كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله والامام المرغيناني
لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث وهذا لان حق الرد للمشتري انما يثبت كي يدفع به الضرر عن نفسه وانما
يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبايع وبعد ما تعيب عنده لو رده كان ذلك الحاق الضرر
بالبايع **فان قيل** ينبغي ان يرجح جانب المشتري في دفع الضرر عنه لان البايع دلس له البيع والمشتري صار
مغرورا من جهته قلنا المعصية الصادرة لا تمنع عصمة المال كما في الغاصب اذا عمل في الثوب المغصوب
بالخياطة او صبغه بالحمرة فلما كان الشرع نظر لهما والضرر عن المشتري يندفع اذا اثبتنا له حق الرجوع بحصة
العيب من الثمن فانه لم يندفع وذلك العجز عن الرد كما قبض لا بتصرف باشره البايع ولو رده عليه فكان مراعاة جانب
ط البايع اولى من هذا الوجه فاذا لم يرده رجع بنقصان العيب من الثمن الا ان يرضى البايع الى هذا اشار في المبسوط
فان باعه المشتري اي باعه بعد القطع قبل الخياطة ثم علم بالعيب بعد البيع لم يرجع بشيء لان من جملة البايع
ان يقول انا اقبله كذلك فكان المشتري بالبيع حابسا المبيع وقد ذكرنا ان المشتري اذا حبس المبيع ليس له الرجوع
بالنقصان لامكان رد المبيع واخذ الثمن والاصل في جنس هذه المسائل ما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال
والاصل في جنس هذه المسائل في كل موضع يكون المبيع قائما والامكنة الرد وان رضي به البايع فاذا اخرجه
عن ملكه يرجع بنقصان العيب لانه صار راهنا بالقطع مسلما اليه قبل الخياطة ولم يكن الرد ممتنعا قبل
عمل الهبة ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مسلما الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل عمل الهبة
فان قطع الثوب وخاطه الى ان قال رجع بنقصانه لان امتناع الرد بعد الخياطة كان بسبب الزيادة لا بسبب
امساك الثاني فكان الحال بعد البيع كالحال قبله وقبل البيع له ان يرجع بنقصان العيب على كل حال فكذلك هنا
والاصل في هذا ان انتقاص المبيع في يد المشتري انه متى كان بآفة سماوية او بفعل المشتري او بفعل الاجنبي ثم
اطلع المشتري على عيب كان عند البايع لا يرده بالعيب من غير رضى البايع لما في الرد من الاضرار بالبايع ولكن يرجع
بالنقصان ان كان الانتقاص بآفة سماوية او بفعل المشتري دفعا للضرر عن المشتري وللبايع ان يقول انا اقبله
كذلك لان امتناع الرد هنا لدفع الضرر عن البايع من حيث ان الرد اضرار بالبايع وحق الشرع باعتبار الربا لانه لا
يمكن رد الارش لان العقد لم يرد عليه ولا يرد الفسخ لان الاصل اتحاد موردهما لكون الفسخ رفعا للعقد عن المحل
الذي العقد فيه الا في موطن بعض الفسخ طريقا لاستدفاع الضرر كما اذا استهلك المبيع اجنبي قبل القبض
او اختلفا في الثمن بعد هلاك المبيع عند محمد رحمه الله فالفسخ فيما نحن فيه لم يتعين طريقا لاستدفاع الضرر
لامكان الرجوع بالنقصان واذا امتنع الفسخ هنا بعد ورود الارش ورد المبيع بدون رد الارش متعذر لان
الارش بقي الذي ذكرنا في انتقاص المبيع في يد المشتري واما ازدياده في يده فنقول الزيادة نوعان منفصلة
ومتصلة والمتصلة ضربان غير متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة وانها تمنع الرد بالعيب بالاتفاق
وليس للبايع ان يقول انا اقبله كذلك لانه لا يمكن الفسخ في الزيادة لما ذكرنا وهو ان الفسخ انما يرد على ما ورد
عليه العقد ولم يكن الصبغ والخياطة وقت العقد ولهذا قلنا ان الزيادة المتصلة تمنع الرجوع في الهبة
لما ان الهبة لم ترد عليها فلا يمكن ايراد الفسخ عليها والضرب الثاني زيادة متولدة من المبيع كالسمن والجمال
فانها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان فسخ العقد في الزيادة ممكن هنا تبعا للاصل لان الزيادة هنا
محضة تبعا للاصل باعتبار التولد والتفرع بخلاف الارش والصبغ والخياطة اما الارش فلا تبعية فيه لمكان
الانفصال ولعدم التولد والتفرع واما الصبغ والخياطة فللوجه الثاني وهو عدم التولد وان قال البايع
انا اقبله لذلك لو ابى المشتري ذلك كان للبايع ذلك عند محمد رحمه الله وعند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف

لم يلزم ذلك لما في ذلك من ابطال حق المشتري في الزيادة وصار هذا كالموهوب اذا ازداد زيادة متصلة وجه
قول محمد رحمه الله ان حق البائع هنا فيما هو اصل وحق المشتري فيما هو تبع اعني به الزيادة فكان اعتبار الاصل اولى
من العكس والزيادة المنفصلة نوعان ايضا متولدة كالولد والثمر فانها تمنع الرد بالعيب والفسخ لانه لا سبيل
الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من المبيع كالكسب فانه لا يمنع الفسخ والرد بالعيب
وطريقه ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان
الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن
الحر مالا وكسب المكاتب والمدبر لا يكون مكاتبا ولا مدبرا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم
له مجانا لما فيه من الربا لما قلنا كذا في الفوائد الظهيرية وشرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضي خان رحمه
الله **قوله** رحمه الله او صبغه احمر انما قيد بالاحمر ليكون الزيادة في المبيع بالاتفاق واما لو صبغه
اسود فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان السواد عندهما زيادة كالحمرة وعند ابي يوسف رحمه
الله السواد نقصان كالقطع فاما لتعذر الرد ببيعه اياه فلا يرجع بنقصان العيب ويذكر هذا في كتاب الغصب
ان شاء الله تعالى لان الامتناع لحق الشرع لان الخياطة زيادة والزيادة تمنع من الرد حقا للشرع فلا يرتفع
المانع برضى البائع بخلاف الفصل الاول لان القطع نقصان ولهذا لو غصب ثوبا فقطعه لا ينقطع حق المالك
ولو خاطه قميصا ينقطع كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله فان باعه المشتري اي الثوب المخيط
او الثوب المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن او المخلوط به قبله اي قبل البيع وعن هذا اي عن
ما لو كان المشتري حابسا المبيع لا يرجع بنقصان العيب عند ظهور العيب وكما لو لم يكن حابسا بل امتناع
الرد بالعيب لمعنى اخر يرجع بنقصان العيب فالو قلنا مسالتين احداهما اشترى ثوبا فقطعه لباسا للصغير
لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيبه لا يرجع بنقصان العيب لانه لما قطعه لباسا لولده الصغير كان واهبا
له وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب ويد الواهب هاهنا تقوم مقام يد الصغير وحق الرد كان ثابتا
قبل القطع وبالقطع لولده الصغير ابطل حق الرد بالعيب وكانت الخياطة بعد القطع له مبطلة حق الرجوع
بنقصان العيب وان ازداد المبيع بالخياطة بعد فصار كما لو وهب لاجنبي وسلم ثم علم بالعيب فكان ذكر الخياطة
في هذه الصورة وعدم ذكرها بمنزلة لانه انقطع حق الرد بمجرد القطع له قبل الخياطة الا انه ذكرها مقابلة
الصورة الثانية وهي المسالة الثانية وهي ما اذا كان الولد كبيرا فقطع الثوب الذي اشتراه
لباسا له وخاطه ثم علم بالعيب يرجع بنقصان العيب لانه لما كان الولد كبيرا لم تتم الهبة الا بالتسليم فكانت
الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع بسبب الخياطة التي هي زيادة في المبيع كما لو قطع الثوب المشتري
وخاطه لنفسه او صبغه احمر كما مر لا لاجل الهبة فلما امتنع حكم الرد في ملكه بسبب الزيادة بالخياطة
لم يتفاوت بعد ذلك ان اخرجه عن ملكه بالبيع او بالهبة بعد العلم بالعيب او لم يخرجه في جواز الرجوع
بنقصان العيب كما لو باع المشتري الثوب الذي خاطه لاجل نفسه او صبغه احمر بعد العلم بالعيب فان بيعه
ذلك لا يمنع الرجوع بنقصان العيب كما مر فكذلك هنا لو سلم لولده الكبير بالهبة بعد الخياطة والعلم
بالعيب لا يمنع الرجوع له بنقصان العيب فكان ما ذكرنا من الاصل من الفوائد الظهيرية وهو المذكور
في المبسوط مطردا في هذه المسائل وهو ان في كل موضع له حق رد المبيع برضا البائع فاذا باعه المشتري
لم يكن له ان يرجع بنقصان عيبه وفي كل موضع لم يكن له ان يرده وان رضي البائع فبيعه اياه لا يمنعه من
الرجوع بنقصان العيب لان تعذر الرد هاهنا معنى حكمي دون بيع المشتري اياه وفي الاول انما تعذر
الرد ببيع المشتري اياه فكان حابسه عنده واراد الرجوع بنقصان العيب فكان قطع الثوب لولده الصغير
بمنزلة البيع لما كان في ملكه كما كان ثم علم بالعيب لم يكن له ان يرجع بنقصان العيب وكذا اذا علم بالعيب
بعد القطع لولده الصغير والقطع والخياطة لولده الكبير بمنزلة خياطته الثوب الذي في ملكه لاجل نفسه
او صبغه احمر او لت السويق بسمن فامتنع الرد حينئذ لا للحبس بل لامر شرعي وهو الزيادة المتصلة بالمبيع
فلم يمنع البيع بعد ذلك عن الرجوع بنقصان العيب وان كان عالما بعيبه وقت البيع لان التمليك حصل
في الاول وهو ما اذا قطعه لباسا لولده الصغير وفي الثاني وهو ما اذا قطع الثوب لباسا لولده الكبير
والامتناع حكمي لا بفعله اي امتناع الرد بالعيب انما ثبت حكما للرد كما في الخياطة والصبغ بالحمرة لا بفعله
كالبيع والقتل وفيه اشارة الى ان امتناع الرد بالعيب لو كان بفعله يمنع الرجوع بنقصان العيب كما اذا

باعه

باعه او قتله **فان قيل** يشكل هذا بما اذا صبغه احمر ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولا شك
ان الصبغ بفعله **قلنا** نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة وفي المبيع
بسبب ذلك الفعل وكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربا على ما ذكرنا فعلى هذا يجب ان يزاد في
لفظ الكتاب قيد اخر وهو بان يقال والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة في ملكه ثم
بالقتل لا تثبت الزيادة وبالبيع يزول عن ملكه فالقياس ان لا يرجع وهو قول زفر رحمه الله كذا ذكره
الامام قاضي خان رحمه الله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الاعتاق لان الشيء بانتهائه
يتقرر فيجعل حينئذ كان الملك باق ولهذا ثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك
ثم اذا تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما رجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك بصفة
السلامة كما لو تعيب في يده وكذا هنا كذا في المبسوط والتدبير والاستيلاد بمنزلته اي بمنزلة الاعتاق
من حيث تعذر الرد ولما في العتق حقيقة الانهاء وفي التدبير والاستيلاد نوع انهاء من حيث عدم قبول
النقل من ملك الى ملك فكانا بمنزلة الاعتاق **قوله** رحمه الله مع بقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق
وقوله بالامر الحكمي احتراز عن القتل **فان قتل** المشتري العبد او كان طعاما فاكله الى اخره والفرق
بين الاعتاق وبين القتل والاكل يظهر من الاصل الذي ذكر في شرح الطحاوي رحمه الله وهو انه متى
امتنع الرد من جهة المشتري بفعل مضمون بطل حقه ومتى امتنع لا من جهته او من جهته لكن بفعل
غير مضمون لا يبطل حقه في الرجوع الاول نحو ان يملكه من غيره او يقتله او يعتقه على مال او يكاتبه
والثاني نحو ان يهلك بآفة سماوية او ازداد زيادة مانعة للرد والثالث هو ان يعتقه على غير مال
والدليل على انه غير مضمون ان الوكيل بقبض العبد عند المشتري قبل نقد الثمن لو قبض ومات في يده
كان للبائع ان يضمن الوكيل القيمة ولو لم يوكله بالقبض لكن وكله بالعتق فاعتقه جاز ويصير قابضا
لان العتق بالشراء قبض وليس للبائع ان يضمن الوكيل القيمة فصار كالموت حتف انفه لان المقتول
ميت باجله عندنا يقال مات حتف انفه اذا مات على الفراش قيل هذا في الادمي ثم عم في كل حيوان اذا
مات لغير سبب كذا في المغرب ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله عليه الصلوة والسلام ليس في الاسلام
دم مفرج اي مبطل دمه كالمستفيد به اي بملك العبد فان المشتري لو قتل عبده استفاد سلامة نفسه
بسبب ملكه لانه لولا الملك لقتل به او وجبت القيمة فبالملك لا يجب القصاص ولا القيمة فصار كانه
اخذ عوضا بازالة ملكه بالقتل كما لو باع واخذ الثمن وهناك لا يرجع بنقصان العيب فكذا هنا بخلاف
الاعتاق فانه ليس بعقد موجب للضمان على الانسان في ملك الغير مطلقا لان اعتاقه في ملك الغير
مطلقا لان اعتاقه في ملك الغير لا ينفذ ومن احد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا
حتى اذا كان معسرا لم يضمن شيئا فهو لم يستفد عوضا عن ملكه حقيقة وحكما واما الاكل فعلى
الخلاف عندهما يرجع اي بنقصان العيب وعنده اي وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يرجع وذكر في الخلاصة
والفتوى على قولهما وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالاحراق
والقتل وهذا لان الاكل واللبس موجب للضمان عليه في ملك الغير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه
في المحل فذلك بمنزلة عوض يسلم له كذا في المبسوط ولا معتبر بكونه مقصودا هذا جواب عن قولهما
بانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض وعن
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان فيما اذا اكل البعض في احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب في
الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه واكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب
فاكل البعض اولى وفي الرواية الاخرى يرد ما بقي لان هذا مما لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض
كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وبعد بيع البعض عنهما روايتان في احدى الروايتين لا يرجع
بشيء كما هو قول ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام في حكم شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية الاخرى
يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكنه لا يرجع بنقصان فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط ولو
اشترى بيضا او بطيخا الى اخره والفواكه على هذا اذا وجدها فاسدة بعد الكسر وله ان يرجع بالجميع
اذا لم يكن منتفعا بها بان كسرها فوجدها منتنة او مرة بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا للعلف قال الامام
الحلواني رحمه الله هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه

بشي وحاصل هذا ان كان يصلح لتناول بعض الناس بان يأكله الفقراء دون الاغنياء او يصلح للعلف يرجع بحصة العيب من الثمن الا ان يتناول شيا منه بعد العلم فلا يرجع بشي كذا في الجامع الصغير للامام رحمه الله وذكر في الذخيرة قال الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله يريد بما ذكر في الكتاب يعني قوله له ان يرده ويأخذ الثمن كله اذا وجده خاويا او وجد منتن اللب او وجد البيض مذرة واما اذا وجد قليل اللب او لم يكن مليئا فهو من باب العيب وليس من باب الفساد وقد تعذر الرد بسبب الكسر فيرجع بنقصان العيب الا ان يرضى البائع بان يأخذه مكسورا حتى لو وجده بعد الصنعة قبل الكسر كان له حق الرد بسبب العيب لان الرد ممكن وهذا اذا كسر ولم يعلم بالعيب اما اذا كسره وهو عالم بعيبه صار راضيا فيبطل حقه من كل وجه ثم ما ذكر في الكتاب مستقيم في البيض فانه لا قيمة لقشره واذا وجده فاسدا تبين ان المبيع لم يكن مالا فتبين ان البيع كان باطلا لعدم مصادفته محله فيرده ويرجع بجميع الثمن وفي الجوز ايضا مستقيم اذا لم يكن للقشر قيمة اما اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع يعز الحطب ويستعمل قشور الجوز استعمال الحطب فوجده خاويا اختلف المشايخ فيه منهم من قال يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان العقد في قشره صادف محله ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب لا ينتفع به لم يكن محل البيع موجودا وان كان للقشر قيمة فتبين ان البيع وقع باطلا واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما اذا اشترى بيض نعامة فكسرها ووجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب ان يكون بالاختلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه بخلاف قشر الجوز على قول بعض المشايخ رحمهم الله وقوله فان لم ينتفع به كالقرع اذا وجده مرا او السمنة اذا كانت مذرة كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله ولا معتبر في الجوز بصلاح قشره على ما قيل هذا احتراز عن القول الذي ذكرته الان من رواية الذخيرة قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري اي ان البائع رضي بكسر المشتري ملك نفسه لا ملك البائع فيجب مراعاة الحقين وذلك في الرجوع بنقصان العيب كما اذا كان ثوبا فقطعه ثم وجد به عيبا وهنالك الحكم على ما قلنا بالاجماع مع ان القطع حصل بتسليط البائع فكذا هنا لما ذكرنا من المعنى ولو وجد البعض فاسدا يعني ان جواب المسالة التي تقدمت فيما اذا وجد الكل فاسدا الا ان في الجوز اذا كان الفاسد منه مقدار ما لا يخلو الجوز عنه عادة كالواحد والمثنى في كل مائة فليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على الشراء راض به على الوجه المعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لاجل ذلك كذا في المبسوط وان كان الفاسد كثيرا اراد بالكثير هنا ما وراء الثلاثة في المائة لا الكثير الذي هو ما زاد على النصف لانه ذكر في الذخيرة اذا اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحدا او اثنين او ثلاثة مذرة لا يكون له ان يرجع بشي وجعل الثلاثة في المائة قليلة واما اذا اشترى عشرة من الجوز فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا جوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وبعضهم قالوا يفسد العقد في الكل بالاجماع وبعضهم قالوا العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة رحمه الله لانه جمع في العقد بين ما له قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالحي والميتة وعندهما يصح العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة فان قبله بقضاء القاضي الذي قضى باقرار المشتري الاول بوجود العيب في المبيع ثم انكر اقراره واثبت المشتري الثاني اقراره بذلك بالبينة فقضى القاضي برد المعيب عليه سببا اقراره **قوله** رحمه الله لانه فسخ من الاصل **فان قيل** ينتقض هذا بمسائل احداها ان المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة وان كان الرد بالعيب بالبينة ولو كان فسخا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل والثانية ان الرجل اذا باع امة الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري طعن فيها بعيب فردها بقضاء القاضي ثم ولدت ولدا ثم ادعاه ابو البائع لا يصح الدعوة ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه لصحت الدعوى كما يصح في امة ابنه التي لم يبعها ابنه اصلا والثالثة رجل باع عبدا من انسان ثم احال بالثمن على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب بقضاء القاضي لا يبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقد من كل وجه من الاصل لبطلت الحوالة **قلنا** ذكر محمد رحمه الله في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا

ترى

ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلم اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذلك الرجل اذا وهب دارا لاخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب ان يأخذ بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل يخرج عليه ما احصينا من المسائل اما مسالة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك المسالة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وانه معنى سابق على الرد وقد بقي قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيه وكذلك المسالة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ للعقد وجعل له كانه لم يكن متناقض متعارض لان العرض العقد اذا جعل كان لم يكن لم يبق محل الفسخ كان لم يكن لان لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن من هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال العقد يجعل كان لم يكن على التفسير الذي قلنا كذا في الفوائد الظهيرية غاية الامر تقدير ما في هذه المسالة ان يردها فيها السؤال بان قيل لما انكر البائع الثاني العيب كيف يصح رده على بائعه بالعيب الذي انكره اذ ذاك مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت مناقضته لما كذبه الشارع في انكاره بقضاء القاضي بالبينة كمن اشترى شيئا واقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن كذلك ها هنا لما ذكرنا ويجيء نظير هذا ايضا في الكفالة وغيرها ان شاء الله تعالى وقوله معنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره بعد الاقرار لا يحتاج الى القضاء بل يرد عليه لاقرار بالعيب فاذا رد عليه لاقراره بدون القضاء لم يكن له ان يرده على بائعه وهي المسالة الثانية لانه اقالة وقوله وهذا بخلاف الوكيل متعلق بمحذوف لان تقديره والبيع الاول قائم بنفسه فلم ينفسخ البيع الاول بفسخ البيع الثاني بخلاف الوكيل بالبيع الى اخره وهذا صرح فخر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة وهذا يبين ان الجواب فيما يحدث مثله كالقروح والامراض وفيما لا يحدث سواء اي وضع المسالة في الجامع الصغير في العيب الذي لا يحدث مثله في عدم ولاية الخصومة عند قوله بغير القضاء تبين ان العيب الذي يحدث مثله والعيب الذي لا يحدث مثله سواء في عدم ولاية الخصومة مع البائع الاول وذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله مع انا نتيقن ان ذلك العيب كان موجودا في يد البائع الاول كان اولى ان لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل انه حدث عند المشتري لا عند البائع فهذا هو فائدة وضع الجامع الصغير ولو رده المشتري الاخر على بائعه بغير قضاء القاضي فليس له ان يرده على بائعه ابدا سواء كان عيبا يحدث مثله او لا يحدث في اصح الروايتين وذكر في بعض نسخ البيوع ان في العيب الذي لا يحدث مثله يرده على بائعه سواء رد عليه بقضاء او بغير قضاء لانا تيقنا بوجود العيب عند البائع الاول وقد فعل ما يفعله القاضي عينا بامر به القاضي لو رفعا الامر اليه ووجه الرواية الصحيحة ان الرد بغير قضاء القاضي اقالة لتعينا بالتراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود اليه الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر المشتري على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة **فان قلت** ما وجه صحة هذا اللفظ اذ ظاهره يقتضي فساد المعنى لانه عنا عدم اجبار المشتري على دفع الثمن الى احد الشيئين وهما حلف البائع واقامة المشتري بينة على ان العيب كان عند البائع وما بعد الغاية يخالف ما قبل الغاية فيلزم اجبار المشتري على دفع الثمن عند وجود احدهما وكان المعنى لا يجبر المشتري على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة على ان العيب كان عند البائع فحينئذ يجبر وهذا مستقيم في حلف البائع واما في اقامة المشتري بينة على ان العيب كان عند البائع برد المبيع على بائعه فغير مستقيم اصلا لان عند اقامة المشتري بينة على ان العيب كان عند البائع برد المبيع على بائعه بالعيب فكيف يجبر على دفع الثمن **قلت** نعم كذلك الا انه يبدح لفظ عام

بدخل تحته الغابيان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان
كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وكان شيخي رحمه الله في قوله علفتها تبنا وماء باردا القول
بحمل العلف في معنى بفعل عام يدخل تحته العلف والسقي وهو اطعمتها فلا احتاج حينئذ الى ادراج وسقيتها
ماء باردا اذ الاطعام يستعمل في معنى السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب في قوله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي
ومن لم يشربه وذكر في الفوائد الظهيرية بعد ما ذكر لفظ رواية الجامع الصغير كما ذكرت من لفظ الكتاب فقال
وفي هذا التركيب نظر لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الاداء ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة
بل يستمر ثم قال وامكن تصحيحه بتقدير الجبر المذكور ثانيا ومعناه او يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار واما
لم يجبر على الاداء لان القاضي بما لا يفيد لانه لو قضى ربما احتاج الى نقض القضاء وامكن تصحيح معنى الصيانة
بالتلوم والانتظار الى انكشاف الحال حيث انكر تعين حقه اي انكر المشتري تعين حقه في المبيع المعيب لانه يقول
حقي في السليم لا في المعيب وكان منكرا فلا يجبر **فان قيل** الجبر للجبر وهو البيع مع القبض محقق وما ادعاه
المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المحقق قلنا وان كان ما ادعاه المشتري موهوما لكن يجب على
القاضي صيانة قضائه عن البطلان فانه لو اجبر المشتري على اداء الثمن ثم اقام المشتري البينة على ما ادعاه يحتاج
القاضي الى نقض قضائه وسعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود واستحلف البائع ودفع الثمن كلاهما بصيغة
المجهول وليس في الدفع كبير ضرر به اي بالمشتري لانه على حجته لانه لو احضر شهوده كان يتمكن من اقامة البينة ورد
المبيع على البائع بالعيب بالحجة وهي اقامة البينة وفي قوله لانه على حجته دلالة على ان اقامة البينة من المدعي
بعد يمين المدعى عليه معتبرة كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وفي الجامع الصغير للامام التمرتاشي رحمه الله فقال
في ادب القاضي قال رجل لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة يقبل في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد
رحمه الله لا يقبل والاحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف رحمه الله وفي جمع النسفي في قبول هذه البينة عن اصحابنا
روايتان ولو قال ليس لي بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل في الروايات كلها وفي رواية القاضي القضاة
بينتي غائبة عن المصر لم يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحلف وفي الاجناس وكذا
لو قال لي بينة حاضرة فاحلفه فان حلف ثم جاء بالبينة لم يحلف في قول ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وان قال
بينتي غيب فاحلفه فان حلف ثم جاء ببينة يحلف في قولهم وفي الجامع الصغير للامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله
وان قال شهودي بالشام فامهلني حتى احضر شهودي او اتيك بكتاب حكمي لم يلتفت القاضي الى كلامه ولكنه
يامره بدفع الثمن اذا حلف البائع لعدم ما طلب المشتري يمينه ثم هو على حجته اذا احضر شهوده لان السبب
الموجب لاداء الثمن على المشتري وهو البيع معلوم وما يدفعه المشتري من البائع وهو العيب موهوم والموهوم
لا يعارض المعلوم لانه حجة فيه اي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا احتراز عن النكول في الحدود
والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة على قول ابي حنيفة رحمه الله ومن اشترى عبدا وادعى عيبه
اباقا اي كذبه البائع لم يحلف البائع الى اخره ثم اعلم ان وضع المسالة في الاباق وكذلك في السرقة والجنون
والعيوب التي لا تشاهد لتبنى عليه مسالة التحليف لان المشتري اذا ادعى عيبا ظاهرا بالمبيع وهو مما لا يحدث
مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة فان القاضي يقضي من غير تحليف اذا طلب المشتري لانا تيقنا بوجوده في
يد البائع كذا في الايضاح وحاصل ذلك ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير فقال المشتري اذا
ادعى بالمبيع عيبا فهو على وجوه اربعة احدها ان يدعي عيبا ظاهرا كالعمى والاصبع الزائدة والسن الباغية
او باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال او عيبا يطلع عليه النساء دون الرجال كالقرن والرتق
او يدعي عيبا لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالاباق والسرقة والبول في الفراش والجنون ففي الوجه الاول
يسمع القاضي دعوى المشتري ولا يكلفه اثبات العيب لسماع الدعوى لانه ثابت عيانا واذا سمع دعواه فان
كان عيبا لا يحدث مثله فيما مضى من الزمان بعد البيع فان القاضي يرده على البائع لان القاضي تيقن بوجود
العيب عند البائع فيرده الا اذا ادعى البائع الرضا او الابراء ويثبت ذلك بالبينة وان لم يكن له بينة يستحلف
المشتري على ما ادعى لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه فيحلف لرجاء النكول هذا اذا كان العيب لا يحدث
مثله عند المشتري فان كان يتصور حدوثه عند المشتري فان القاضي اذا سمع دعوى المشتري يقول للبائع
هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم رده عليه الا اذا ادعى الرضا او الابراء ويكون هذا والوجه الاول
سواء وذكر باقيه في الكتاب وان كان العيب باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال يوجد لكبة فان

كان

كان البائع معترفا بقيام العيب للحال يقول القاضي للبائع هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم او انكر فاستحلف
فنكل او اقام المشتري بينة على انه كان عنده ورد عليه الا اذا ادعى الرضا او الابراء وان انكر البائع قيام العيب
للحال يريه اهل العلم بذلك فان اخبر بذلك رجل واحد يثبت العيب في حق سماع الدعوى وتوجه اليمين
على البائع لا في حق الرد فيقول القاضي للبائع هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم او قال المشتري بينة
قضى عليه بالرد وان لم يكن له بينة يستحلف البائع الان يدعي الرضا او الابراء وان ثبت العيب بشهادة
عدلين مسلمين فان كان قبل القبض يرد على البائع وكذا اذا كان بعد القبض لانه يحتمل الحدوث عند
المشتري لان العيب ثبت بما هو حجة فيرد وان كان يحتمل الحدوث عند المشتري وانكر البائع ان يكون
عنده يحلف البائع وان حلف انقطعت الخصومة وان نكل رده عليه وان كان عيبا
لا يطلع عليه الرجال فان القاضي يريه النساء والواحدة تكفي والثنتان احوط وان قلنا بها هذا العيب
للحال يثبت العيب في حق توجه الخصومة ثم المسالة على وجهين ان كان بعد القبض لا يرد بشهادة
النساء بالاتفاق لكن يحلف البائع فان حلف لا يرد وان نكل يرد عليه بنكوله وان كان قبل القبض ذكر
الخصاف رحمه الله ان على قول ابي يوسف رحمه الله يرد من غير يمين البائع وقال محمد رحمه الله لا يرد حتى يحلف
البائع واما على الوجه الرابع وهو الاباق والسرقة والبول في الفراش والجنون فالقاضي لا يسمع دعوى
المشتري حتى يثبت وجود هذه العيب عند المشتري الان في الاباق والسرقة والبول في الفراش يعتبر
مع ذلك اتحاد الحالة لصحة الدعوى وفي الجنون لا يشترط اتحاد الحالة لما ذكرنا فان اقام المشتري البينة
انه ابق عنده او جن او سرق او بال سمع دعواه ويقول القاضي للبائع هل كان هذا العيب عندك في الحالة
التي كانت عند المشتري ان قال نعم رده عليه الا اذا ادعى الرضا او الابراء وان انكر ان يكون عنده او ادعى
اختلاف الحالة في الاباق والبول في الفراش والسرقة يقول القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها
عليه رده عليه الا اذا ادعى الرضا او الابراء وان لم يكن له بينة على ذلك يستحلف البائع على البتات
لما ذكرنا حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري والمراد التحليف على انه لم يابق عنده
اي عند البائع اعلم بان قيام العيب في الحال شرط لاسماع الخصومة **فان قيل** اي فرق بين هذا
وبين الدين فان من ادعى على اخر دينا وانكر المدعى عليه قيام الدين فالقاضي يامر المدعى عليه بالجواب وان
لم يثبت قيام الدين في الحال وكان ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فلذلك سلامة الذمة عن
الدين في الحال لو كان شرطا لاسماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه عينى لانه ربما لا يكون له بينة
اصلا او كانت بينة ولكنه لا يقدر على اقامتها اما لموتهم او لغيبتهم واما في دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب
للحال لاسماع الخصومة يتوسل المشتري الى احياء حقه لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد انكر اثباته
بالتعرف عن اثاره وان لم يعرف بالاثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل كذا في الفوائد
الظهيرية ومعرفته اي ومعرفة قيام العيب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك اي ليس للمشتري حق
الرد عليك ايها البائع او بالله ما ابق عندك قط اي عندك ايها البائع كان من حق الحلف ان يقول بالله
ما ابق عندي قط لكن القاضي خاطب البائع بهذا والبائع عند الحلف يقول ما ابق عندي قط **فان قيل**
في دعوى الاباق والسرقة ينبغي ان يحلف على العلم دون البتات لانه تحليف على فعل الغير فان المراد به سرقة
العبد واباقه والعبد غير البائع **قلنا** له من وجهين احدهما ما قاله شمس الائمة الحلواني رحمه الله ان قولنا
التحليف على فعل الغير يكون على العلم يطرد في جميع المسائل الا في دعوى الاباق والسرقة وانما يحلف
على البتات لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه فلذلك حلف على
البتات والثاني ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك
اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال قبض المودع الوديعة فالقول
قول المودع ويحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع كذا في الفوائد الظهيرية
وذكر في الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمه الله ويستحلف البائع على البتات لانه استحلاف على فعل
نفسه وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه **قوله** رحمه الله لان فيه ترك النظر للمشتري لانه
في هذا المذكور وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب وقوله بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا
العيب والاول وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب ذهول عنه اي غفلة عنه يقال ذهلت

عن المبيع بالكسر وهو لا عقلت والثاني وهو قوله بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وهو يتعلق بالشرطين وهما العيب حالة البيع وحالة التسليم وكان تاويل البايع وغرضه من هذه اليمين عدم وجود العيب في الحالين جميعا فاذا وجد في حالة التسليم بعد البيع كان بارا في يمينه لان الكل ينتفي بانتفاء الجزء فيتضرر به المشتري حينئذ وانما قال يوهم اشارة الى ان تاويل البايع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح ولكن يتوقعه في وهم الصحة للوجه الذي ذكرنا وهو ان الكل ينتفي بانتفاء الجزء او نقول ان قوله وما به هذا العيب الواو فيه للحال فيوهم انه باول انه حال احدهما لا حالهما وانما قلنا ان تاويله ذلك ليس بصحيح لما ذكر في المبسوط هذه المسالة فقال وان لم يكن للمشتري بينة حلف البايع البتة بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب واما بذكر التسليم لجواز ان يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم الا انهم قالوا النظر للمشتري ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة وان العيب لو كان حادثا بعد العقد قبل التسليم كان للمشتري حق الرد والبايع بار في يمينه فان العيب لم يكن موجودا عند العقد فالاحوط ان يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد البيع ولم يكن به هذا العيب قال الشيخ رحمه الله وعندي الاول اصح لان البايع ينفي البيع وعند التسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا على قيام العيب عنده اي عند المشتري واما حلف البايع هاهنا بالعلم لانه يحلف على فعل غيره بعد وجود التسليم ثم اذا استحلف القاضي البايع عندهما في هذه الصورة فنكل حلف البايع من اجري على البتات في الجنون بالله وقد باعه وقبض المشتري وما جن قط وفيما سوى الجنون يحلف بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما ابق وما سرق وما بال منذ بلغ مبلغ الرجال لما ذكرنا من الفرق كذا ذكره فخر الاسلام وقاضي خان رحمهما الله تعالى لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها التحليف فكذا يترتب التحليف اي صحة التحليف يترتب على اقامة البينة فان في كل موضع يصح اقامة البينة يصح التحليف وههنا يصح اقامة البينة من المشتري بالاتفاق فيصح التحليف ولان المشتري ادعى على البايع معنى لو اقر به يلزمه فاذا انكر يستحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة البينة على الدعوى ان تكون الدعوى صحيحة الى اخره ففي هذا اشارة الى انه لا يشترط لترتيب البينة على الدعوى ان تكون الدعوى صحيحة بل تقوم البينة فيما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود واولى ان تقوم عند فوات صحتها واذا كان كذلك لم يلزم من صحة ترتب البينة على مثل هذه الدعوى التي هي لازمة ان يلزم صحة ترتيب التحليف عليها لانه يجوز ان تقبل البينة في موضع ولا يقبل التحليف الا ترى ان الوكيل والوصي يعتبر اقامة بينتهما على الوكالة والوصاية ولا يستحلف منكر الوكالة والوصاية وكذلك في باب الحدود وانما قلنا ان الدعوى لم تثبت بصحيحة لان الدعوى انما تصح ممن هو خصم للمدعى عليه ولا يصير المدعي وهو المشتري هاهنا خصما للمدعى عليه وهو البايع الا بعد اثبات العيب بالحجة الشرعية على انه موجود في الحال ولم يقدر على اثباته بل عجز عن اقامة البينة على قيام العيب في المبيع في الحال فلا يكون خصما ثم الفرق بين اقامة البينة والتحليف حيث لم يشترط لصحة الدعوى في البينة واشترطت في التحليف هو ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم ولن يكون المشتري خصما للبايع هنا الا بعد اثبات قيام العيب في يد المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلم يشرع التحليف لانتفاء موجبه وهو قطع الخصومة واما البينة مشروعة لاثبات كونه خصما فيكون ابدا من غير خصم الا ترى ان الرجل يقيم البينة على انه وارث فلان او وكيل فلان فانه يصح فيثبت الوراثة والوكالة ثم تثبت الخصومة بينهما الدعوى كل واحد منهما خلاف ما يدعيه الاخر على الوجه الذي قدمنا اي من صفة التحليف بانه يحلف على البتات يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لانه لو حلف مطلقا كان فيه ترك النظر في حق البايع لانه ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق في يد البايع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد لما ذكرنا فيمتنع البايع عن الحلف بانه لم يابق حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه برد العبد بسبب نكوله عن اليمين مع انه ليس للمشتري ولاية الرد في هذا فيتضرر البايع فيكون القول للقابض كما في الغصب فهذا الحق وكان المنازعة بينهما في مقدار المقبوض فالمشتري ينكر الزيادة ثم البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبايع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب المسقط والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض اي في مقدار المقبوض بان كان المقبوض جاريتين

ثم اختلفا فقال البايع للمشتري قبضتها وقال المشتري ما قبضت الا احداهما فالقول قول المشتري هناك فهاهنا اولى لان كون المبيع شيئين كان امارة ظاهرة في ان المقبوض ايضا شيئان لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما ومع ذلك كان القول قول القابض فهاهنا اولى لما بينا اشارة الى انه اذا وقع الاختلاف في مقدار المقبوض كان القول قول القابض لانه اعرف بما قبضه لان الصفقة تتم بقبضهما اي البيع اللازم وهو الذي لا خيار فيه انما يتم بقبض المبيع لما ان تصرف المشتري بالبيع قبل القبض لا يصح فكانت الصفقة غير تامة قبل القبض وانما قلنا ان معنى الصفقة هذا استدلالا بما ذكر في الايضاح وقال فيه وتفسير الصفقة هو العقد الذي تناهى في حق موجبه قال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار معناه الا ان يكون متناهيا في اللزوم او يبقى اللزوم بشرط الخيار وقوله وقد ذكرنا اشارة الى قوله قبيل باب خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كان لا يتم قبله وهذا لان القبض له شبه بالعقد لوجهين احدهما ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد مثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد والثاني ان القبض مؤكد لما اثبته العقد الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لان نصف المهر على شرف الزوال فتمكينها ابن الزوج فالشهود اكدوا نصف المهر فصاروا كانهم الزموا نصف المهر على الزوج وحكم الشبه حكم ذلك هنا التي من وجه الا ترى الى العبادة على النار حرام ولو صلى متوجها الى مكروه وكذلك الصلوة بقرب النجاسة مكروه وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله اي زوال الحبس في المبيع تعلق بقبض كل الثمن لا ببعضه فكذا هاهنا لما تعلق تمام الصفقة بالقبض وجب ان يتعلق بقبض الكل لا ببعضه اعتبارا لجانب البيع بجانب الثمن ولو قبضهما ووجد باحدهما عيبا يرده خاصة قيل هذا في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى قال المشايخ رحمهم الله اذا اشترى ثورين وقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما بالاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة ثم في الشيئين الذين يمكن افراد احدهما بالانتفاع لو قال المشتري انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك لانه اذا رضي هذا المعيب فات حقه في صفة السلامة ولم يكن له ان يطالبه بالنقصان ولا استحقاق بمنزلة العيب قبل القبض وبعده كذا في الايضاح والفوائد الظهيرية ولا يعرى عن ضرر اي البايع لا يعرى عن ضرر عند التفريق وان كان بعد القبض لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي وهذا لا يتفاوت بما بعد القبض او قبل القبض قلنا ان تضرر البايع انما جاء قبل بدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وهذه النكتة تقتضي ان يتمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لكن لو قلنا به فيما قبل القبض يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فلا يجوز ذلك كما في خيار الشرط والرؤية لان الصفقة فيهما غير تام وان اقترن القبض بهما واما خيار العيب فان الصفقة تتم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشتري عند صفة السلامة كما اوجبه العقد بخلاف خيار الشرط والرؤية فلما تمت الصفقة بالقبض في خيار العيب لم يكن بالتفريق باس بعد القبض لان ذلك تصرف من المشتري ابتداء في ملكه ولما كان كذلك تعلق جواز التفريق بقبض المبيع وعدم الجواز بعدم قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه قال ان وجد العيب بالمقبوض اعتبر الاخر غير مقبوض حتى لا يرد المعيب خاصة لان الوجهين تعارضا فوجب العمل بهما والصحيح جواز الكتاب وهو اطلاق قوله فانه ياخذهما او يدعهما لانهما لما تعارضا بقي على ما كان وهو عدم ولانه الرد الى هذا اشار شمس الائمة وفخر الاسلام رحمهما الله على ما مر اشارة الى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وما ذكر بعده بخطوط بخلاف خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض عند صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد ولهذا لو استحق احدهما بعد قبضهما ليس له ان يرد الاخر اي ليس للمشتري ان يرد الاخر بل يلزم العقد على المشتري في الاخر وهذا يستدل على ان تفريق الصفقة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض ويجوز بعد القبض ولكن هذا الذي ذكره في الاستحقاق بانه يلزم العقد في الاخر ولا يبقى له ولاية رد الاخر بعد القبض فيما لا يضره التبعيض كالعبدين فاستحق احدهما واما اذا كان يضره التبعيض كالعبد الواحد او كالثوب الواحد فاستحق بعض العبد او بعض الثوب فله ان يرد الاخر وهو قوله في الكتاب بعد هذا الخطوط بقوله وان كان ثوبا فله الخيار ومراده بعد القبض انما قيد بهذا لانه اذا كان قبل القبض

لا تفاوت للحكم بين المكيل والموزون وبين سائر الاعيان من العبيد والثياب في انه لا يجوز تفريق الصفقة برد المعيب خاصة بل عدم جواز التفريق شامل في الكل سواء كان في خيار العيب او في خيار الاستحقاق وسواء كان في العبيد والثياب او في المكيل والموزون واما اذا كان بعد القبض فيجوز التفريق فيما عدا المكيل والموزون واما في المكيل والموزون فلا يجوز التفريق بعد القبض فيهما خاصة اذا كانا في وعاء واحد على ما هو اختيار المشايخ كما لا يجوز قبل القبض فيهما وفي سائر الاعيان وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وبعض المتاخرين رحمهم الله يقولون هذا اذا كان الكل في وعاء واحد فان كان في وعائين فوجد ما في احد الوعائين معيبا فله ان يرده لان ذلك بمنزلة الثوبين والجنسين كالحنطة والشعير لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع والاظهر في الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان في وعاء واحد او في وعائين فاما ان يرد الكل او يمسك الكل كذا في المبسوط لانه من المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة مثلا هذا احتراز عما اذا كان المكيل من جنسين كالحنطة والشعير فان هناك لا يكونان كشيء واحد حتى جاز للمشتري ان يرد المعيب خاصة فهو كشيء واحد كالثوب والدار والعبد وفي الشيء الواحد اذا وجد ببعضه عيبا ليس له الا رد الكل او امساك الكل لانه لو رد الجزء المعيب في الشيء الواحد كان شركة بين البائع والمشتري في ذلك العين والشركة في الاعيان المجتمعة عيب فلو رد المعيب خاصة يرده بعيب زائد وليس له ذلك ولو تعيب المبيع عند المشتري بعيب لم يبق له ولاية الرد وكذا هنا **فان قيل** يشكل بالعبدين له ان يرد احدهما بعد القبض فما الفرق بينهما **قلنا** هما متميزان حقيقة فلا يكون التمييز فيهما موجبا زيادة العيب لان مالية التسليم لا تكون ثابتة في حق المعيب لانه منفصل عن التسليم فتميز المعيب لا يوجب زيادة عيب في المعيب يوضحه ان المكيل والموزون كشيء واحد من حيث التقدير وان كان اشياء من حيث الصفة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليس لها صفة التقوم حتى لا يجوز بيعها فاذا كان كذلك كان الكل كشيء واحد ولهذا جعل رؤية البعض كرؤية الكل كالثوب الواحد بخلاف العبدين والثوبين لان كل واحد منهما بصفة الانفراد **فان قيل** لو كان المكيل والموزون كشيء واحد في الحكم كان يجب ان يقال اذا استحق البعض بعد القبض يكون له حق رد الباقي كما في الثوب الواحد والعبد الواحد وليس كذلك بالاجماع **قلنا** في استحقاق البعض بعد القبض عند ابي حنيفة رحمه الله روايتان فعلى احدى الروايتين السؤال ساقط وعلى الرواية الاخرى نقول في الاستحقاق لعينه شيئا واحدا ايضا كما في العيب الا ان استحقاق بعض المكيل والموزون لا يوجب عيبا فيما بقي ولا فيما استحق لان المستحق في المالية وغير المستحق سواء ولا يزول بسبب الاستحقاق شيء من المالية في الباقي حتى يكون عيبا وكذلك لا يوجب نقصانا في الانتفاع بالباقي لانهما يقتسمان بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب كذا في الجامع الصغير البرهاني والفوائد الظهيرية ولو استحق بعضه اي لو استحق بعض الشيء الذي اشتراه مما يكال او يوزن وقبض فلا خيار له في رد ما بقي بل يلزم العقد على المشتري في الباقي ففي هذا افتراق حكم الاستحقاق مع حكم العيب لانه ذكر قبله ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه ومراده بعد القبض حيث لم يلزم العقد على المشتري في غير المعيب اذا كان المشتري مما يكال او يوزن في فصل الاستحقاق الزم العقد على المشتري في غير المعيب اذا كان المشتري مما يكال او يوزن في فصل الاستحقاق او غيرهما ويستويان ايضا فيما بعد القبض في غير المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر وبعير قال في المكيل او الموزون اذا كان بعد القبض وهو قوله ولو استحق بعضه فلا خيار له وان كان ثوبا فله الخيار اذا كان المشتري ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي وانما قيدنا بقولنا وقد قبضه المشتري ثم استحق مستحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي وانما قيدنا بقولنا وقد قبضه المشتري لانه لو ظهر الاستحقاق قبل القبض كان الثوب وغيره سواء في ثبوت الخيار له في رد ما بقي فلا يكون حينئذ لتخصيص الثوب فائدة واما اذا كان بعد قبض المبيع ففي المكيل والموزون لا يكون له الخيار في رد ما بقي وفي الثوب يكون وكذلك قيدنا باستحقاق بعض الثوب لان هذه المسألة مبنية على قوله ولو استحق بعضه ولانه لو استحق الكل لا يبقى المبيع وهو ظاهر واما في استحقاق البعض فله الخيار لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب فكان له رد ما بقي وقد كان

وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق اي ان عيب الشركة في ذلك الثوب لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حيث ظهر له الاستحقاق فلذلك كان للمشتري ان يرده لان ذلك دليل قصد الاستيفاء لا الاستيفاء في ملكه وذلك لان المداواة ازالة العيب وقيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامساك ودليل الرضا اذ الامساك مع الرد لا يجتمعان فلما وجد دليل الامساك انتفى ذلك الرد فينتفي الرد ضرورة وان ركبها لم يردها الى قوله فليس برضا وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله وان ركبها لم يردها على البائع فليس برضا سواء كان له منه بد او لا وان ركبها ليسقيها فان كان له منه بد فهو بد وان لم يكن له منه بد لصعوبتها او للعجز عن المشي فليس برضا ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري لا بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله وان ركبها في خيار العيب للسقي او للرد لا يبطل خياره لانه اذا كان لا يقدر على الرد الا بالركوب كان الركوب من ضرورات الرد وكذلك الركوب للسقي من ضرورات الرد لانه لا يتمكن من الرد الا باعتبار البقاء ولا بقاء الا بالسقي وكذا اذا ركبها لحمل العلف اما لصعوبتها اي لكونها جموحا او شموسا وبه صرح في الفوائد الظهيرية وذكر في الصحاح الصعب نقيض الذلول او لعجزه اي عن المشي او لكون العلف في عدل واحد اما قيد به لانه لو كان العلف في عدلين وذلك كان الركوب دليل الرضا لان حمل العلف ممكن بدون الركوب كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله ولم يعلم به اي لا وقت الشراء ولا وقت القبض كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله له ان يرده واخذ الثمن اي كل الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله هكذا ذكر في عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وذكر في الجامع الصغير للامام التمرتاشي رحمه الله رجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وهكذا في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط فقال وعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع المشتري بنصف الثمن لان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فيستحق بعض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن عليه وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت له الخيار بين الرد والامساك كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختيار رد العبد المقطوع وقول من قال يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختيار امساكه وذكر في المبسوط ايضا وان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع الا ترى ان على الامام ان يتحرز من السراية بان لا يقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد وانه حسم بعد القطع وقبض المشتري لا ينتقض في النصف الباقي وان سرى وعلى هذا اذا قتل بسبب وجد في يد البائع وهذا الاطلاق يتناول القتل والعمد والردة وبه صرح في المبسوط وانه لا ينافي المالية بدليل انه لو مات كان الثمن متقررا على المشتري ولو تصرف فيه المشتري نفذ تصرفه وليس لولي القصاص حق في ماليته حتى ان المشتري اذا اشتراه من ولي القصاص باذنه صح البيع وملكه المشتري ولو كان الحق في ماليته لما صح بيعه كحق المرتهن في الرهن فعلم بهذا ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بكونه مالا فلا يجري مجرى الاستحقاق لان المستحق يستحق المالية لا الآدمية كذا في المبسوط والاسرار لكنه معيب لان العبد السارق الذي حلت يده او القاتل الذي حل دمه لا يشترى كالذي هو سالم عنه فان هذا المعنى اشد من المرض وانه عيب بالاجماع وكذا هنا كذا في الاسرار فيرجع بنقصانه عند تعذر رده فتعذر الرد في صورة القتل ظاهر واما في صورة قطع اليد فانه استوفى قطع يده في يد المشتري والاستيفاء غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث في يد المشتري ولو حدث عيب في المبيع في يد المشتري وقد اطلع على عيب كان عند البائع يرجع هناك بنقصان العيب فكذا هنا وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما فيما بين قيمتها حاملا الى غير حامل يعني اذا لم يعلم بحملها وقت الشراء وبه صرح الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير يعني لم يرجع هناك بجميع الثمن وان كان اصل السبب في يد البائع فكذا في القصاص يجب ان يكون كذلك واختار صدر الاسلام ابو اليسر رحمه الله قولهما ذكره في الجامع الصغير بعد ما ذكر تعليل ابي حنيفة رحمه الله فقال الان ما قال ابو يوسف ومحمد احسن لان الاستحقاق ثبت بذلك السبب ولكن الاستحقاق لا يفوت المالية ثم الموت يتصل به الموت الى اخره فيكون الرجوع مضافا الى السبب السابق **فان قلت** يشكل هذا بمسائل منها انه اذا اشترى جارية فوجدها محمومة فلم يردها حتى ماتت في يد المشتري فلا يضاف ذلك الى السبب السابق حتى لا يرد بجميع الثمن بل بالنقصان وان كان

فان قلت

قلت

موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع ومنها ان البائع اذا قطع يد العبد او قطعه غيره ثم باعه المولى ولم يعلم
به المشتري فمات العبد منه لكنه القطع يرجع بنقصان العيب لا بكل الثمن وان كان الموت بسبب عند البائع ومنها
ان الرجل اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري وهو لا يعلم بالزوج ثم وطئها الزوج في يد المشتري لا يرجع
بنقصان البكارة وان كان زوالها بسبب كان عند البائع ومنها ان العبد لو زنى عند البائع فجلد في يد المشتري
فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع ومنها انه لو سرق في يد البائع فقطع
يده في يد المشتري فسرى القطع في ذلك فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته كان بسبب كان عند البائع
فهذه خمس مسائل تشكل على ذلك الاصل **قلت** اما الاولى فان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل تموت بزيادة
الالام بترادف وزيادة ضعف يعتريها عند الموت وهذا الضعف وزيادة الالام لم يكن عند البائع ولا ذلك
ما نحن فيه واما الثانية فان المبيع لو اورد على قطع البائع او الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع
فتنقطع السراية بتبع مزلة السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان المبيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما
الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع بدليل ان من اشترى جارية فوجدها ثيبا لا يتمكن من الرد ولم تحق
اما قلنا اما قلنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط واما الرابعة فقولنا فيما يستحق هو سبب كان عند البائع والمستحق
على العبد الزاني هو الضرب المولم واستيفاؤه ذلك لا سيما في المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما كان
لمعنى عارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد او ضعف المجلود ولم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا فلا
يضاف الى الزنى ولم يكن ذلك مضافا الى ما وجد عند البائع واما الخامسة فقد ذكر جوابها في المبسوط
هذا كله من المبسوط والفوائد الظهيرية واما قولهما فان سبب القتل لا ينافي المالية في هذا المحل وكان
بمعنى علة العلة وعلة العلة تقام مقام العلة في الحكم ثم من هذا الوجه صار المستحق كانه المالية لما انه
لا يتصور بقاء المالية في المحل بدون النفسية والنفسية مستحقة بالسبب الذي كان عند البائع فيجعل ذلك
بمنزلة استحقاق المالية لان ما لا ينفك عن الشيء بحال كانه هو واما اذا مات في يد المشتري يتقرر الثمن على
المشتري لما انه لم يتحقق ثم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم
الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك الزوج بضع زوجته وملك
من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى اذا وطئت المنكوحة بالشبهة فالمهر
لها واذا قتل من عليه القصاص انسان فان الدية تكون لورثته دون من له القصاص كذا في المبسوط
وما ذكر من المسالة ممنوعة وهي مسالة الحامل وقال الامام القاضي ابو زيد والامام القاضي خان رحمهما
الله واما مسالة الحامل فمثل ذلك في قولهما واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فللمشتري ان يرجع على البائع بكل الثمن
اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا قتل العبد عند المشتري ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت المرض
المتلف والمرض المتلف حصل عند المشتري وذكر في المبسوط واما الحامل فهناك السبب الذي كان عند
البائع يوجب انفصال الولد من جوف الام بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نظير الزاني اذا جلد
فان قلت العذر في الحامل بان الغالب في الولادة السلامة لا يصح لانه يشكل على اصل ابي حنيفة رحمه
الله في الجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب ثم ماتت في نفاسها رجع المغصوب منه على الغاصب
بقيمتها كلها **قلت** لا اشكال لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوب كما غصب ولم يوجد
ذلك حين ردها حاملا وهاهنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما اوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلف
بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض قبض
المشتري فيه **فان قلت** لما كانت علة السلامة في ولادة الحامل عذرا في ان لا يرجع بكل الثمن على البائع
على قول ابي حنيفة رحمه الله على رواية طريقة التسليم كما هو قولهما يجب ان لا يرجع في العبد المشتري الذي
هو حلال الدم اذا قتل في يد المشتري بذلك السبب الذي وجد في يد البائع لان ذلك السبب من وجوب القصاص
او وجوب القتل بسبب الردة نظير الحمل من حيث ان كلا من هذه الاشياء لا يؤدي الى القتل لا محالة لان العفو
في القصاص مرجو بل هو الظاهر لكونه مندوبا وكذلك التوبة في الردة هي الظاهر اما حقيقة او ظاهرا
حذارا من معرة السيف وذلك كاف لدفع القتل وكان الحمل منها شيئا مترددا لا ينضاف التلف حينئذ الى ما
وجد عند البائع بل يضاف الى الاستيفاء ولي القصاص واستدامة الكفر الى وقت القتل وهما امران عارضان
عرضا في يد المشتري بمنزلة المرض المتلف في حق الحامل وهناك لا يرجع بكل الثمن على ظاهر الرواية لوجود المو

باب البيع الفاسد

البيوع الفاسدة انواع

اذا كان خاليا عن شرط الخيار والبيع الفاسد لا يوقع الملك بمجرد العقد ما لم يتصل به القبض باذن البائع ثم البيوع الفاسدة انواع منها ان يكون المبيع مجهولا او الثمن مجهولا جهالة توجب المنازعة لانها مانعة من التسليم والتسلم ومنها ان يكون ثمن المبيع محرما ومنها ان يكون في المبيع مثل بيع السمك في الما منها بيع ما هو مملوك له لكن قبل القبض ومنها ادخال الشرطين في بيع وذلك ان يقول ان اعطيتني حالا فبالف وان اجلتني شهرا فبالفين ومنها بيع الاتباع مقصودا نحو بيع الالية في الشاة الحية ومنها ومنها بيع شرط وهو انواع ومنها ان يشتري شيئا بثمن معلوم ثم يبيعه من البائع بحبس الثمن الاول باقل مما باعه قبل نقد الثمن كذا في التحفة ثم لقب الباب بالفاسد دون الباطل مع انه ابتدأ ببيع الباطل بقوله كالبيع بالميتة والدم لان الفاسد اعم من الباطل واشمل لان الفساد موجود في الفاسد والباطل بخلاف الباطل فانه ليس بموجود في الفاسد لان الادنى يوجد في الاعلى والعكس في الفاسد في الحرمين فكان موجودا في الصو لان المعنى من الفاسد هو ان يكون مشروعا باصله دون وصفه والباطل هو الذي لا شرعية فيه لا في الاصل ولا في الوصف بل فيه صورة البيع لا غير من غير وجود ركنه فيه ولان لان ركن البيع هو مبادلة المال بالمال فكان هذا التلقيب نظير تلقيب باب الاوقات التي تكره فيها الصلاة ثم قدم هناك ذكر عدم الجواز في الصلاة بقوله لا تجوز الصلاة لكون الكراهة اعم محال من عدم الجواز فهذه فصول جمعها ابا العذوري رحمه الله فقوله البيع بالميتة والدم باطل وانما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل بيع الميتة والدم باطل ليثبت حكم البطلان في بيع الميتة والدم بالطريق الاولى وذلك لان البا تدخل في الاثمان والوسائل وهذا يقال كتبت بالقلم والاثمان اتباع الا ترى ان البيع يجوز وان لم يكن الثمن موجودا ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص فلذلك قال هاهنا البيع بالميتة والدم باطل لانه لما بطل البيع عند جعل الميتة والدم ثمنا لان يبطل لو جعلهما مبيعا هذا اللفظ اعني عن قوله البيع بالميتة والدم باطل يحتاج الى التاويل فان البيع بحلى باللام فكان مسنا ولا يجمع البياعات من بيع المسلم والكافر وهذا اللفظ يجري على عمومه فيما اذا اريد بالميتة الحيوان الذي مات حتف انفه واما اذا اريد بها المنخنقة او الموقوذة فليس يجري على عمومه فان بيع المنخنقة والموقوذة جائز عند اهل الكفر اذا باع الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها الميتة عندهم ولو باعوا ذبيحتهم وذبحتهم ان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى يموت جاز لانها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا الا ترى ان المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة عندنا وهو مبادلة المال بالمال اي بطريق الاكتساب لان لا ينتقض هذا اللفظ بالهبة بشرط العوض فان ذلك ليس ببيع مطلق حتى لا يملكه المأذون والاب والوصي وان كان هو ايضا مبادلة مال بمال عند احد على تقدير ان يموت الحيوان حتف انفه وفي حق الميتة كما ذكرنا والمراد بقوله عند احد اي ممن له دين سماوي فانه مال عند البعض كان من حقه ان يقول لانه مال عندنا كما صرح به في الاسرار فقال في جواب الشافعي اما الجواب عن القياس على الخل وشري الخمر اما الخل فليس بحرام بمال والبيع لا ينعقد في غير مال واما الخمر فقد بينا عن تمول عينها والشرا تمول الا ترى ان يستهلك عينها عن تمول عينها لا يضمن ولا قيمة لعينها وكلامنا في مبيع قابل للتمول والتملك في نفسه وليس الشرا للخمر كالشرى بالدم لان الدم ليس بمال ولا مملوك اصلا والخمر مال عندنا ولها قيمة في حق اهل الذمة الا ان الشرع ابطلها في حق المسلمين لئلا يتمولوها لا انه لا قيمة لها في نفسها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون وكذا ذكر في المبسوط والايضاح كون الخمر مالا امر غير معترض للبيع فقال في المبسوط ولذلك في البيع بالخمر اي ينعقد موجبا للملك عند القبض فان محل ركن العقد المالية في البدلين وتحمير العصير لا يعدم المالية وانما يعدم التقوم شرعا فان المالية بكون العين منتفعا بها وقد اثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله ومنافع للناس ولانه كانت مالا متقوما قبل التحريم وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين الا انه فسد تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنها بالنص ولهذا ابقيت مالا متقوما قبل التحريم وانما ثبت بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين الا انه فسد تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنها بالنص ولهذا ابقيت مالا متقوما في حق اهل الذمة فانعقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد وكذا ذكر في الايضاح ايضا فقال اذا اشترى بالخمر او بالخنزير فعقد ذكرنا مالا وانها متقومة في حق اهل الذمة وكذا ايضا ذكر في الكتاب بعد هذا بقوله ووجه الفرق ان الخمر مال ولانه لو كان مراده من قوله فانه مال عند البعض يعني ما لبينه عنه لما بعد عواه

الفاسد اعم من الباطل

قوله

قوله ٣

بقوله البيع بالخمر والخنزير فاسد لانه لو لم يكن مالا لا يكون الشراء به باطلا لا فاسدا كما اذا اشترى بالدم لكنه
بعض الوجوه ان قوله فانه مال عند البعض غير مستقيم الا اذا اراد بقوله فانه مال عند البعض اى مال
متقوم عند البعض وهم اهل الكفر ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه اى فى البيع الباطل يكون امانة عند
بعض المشايخ منهم الشيخ الامام احمد الطواويسى وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة وعند البعض يكون مضمونا
ومنهم الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى رحمه الله وبعضهم قالوا عند ابى حنيفة رحمه الله امانة وعندهما مضمون
كذا فى التتمة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرى فانه مضمون فكذا هنا ثم المقبوض على سوم
الشرى انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى نص عليه الفقيه ابو الليث فى العيون فانه ذكر اذا قال اذهب بهذا
الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى كذا فى التتمة وقد ذكرناه من قبل
بعضد الملك عند اتصال القبض به اى اذا كان ذلك القبض باذن المالك ففيه اتفاق الروايات على ان المشترى
يملكه واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البايع هل يملك ذكر فى المال انه لا يملك فالواذاك
محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البايع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه البايع بقبض الثمن
منه يكون اذنا له بالقبض كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله فى الجامع الصغير فان قلت لو افاد البيع الفاسد
الملك للمشترى عند اتصال القبض بالمبيع لجاز للمشترى ان يطا جارية اشتراها شراء فاسدا والحال انه لا يحل
له وطيها وكذا لا يحل الشفعة للشفيع فى الدار المشتراة شراء فاسدا وكذا لا يحل اكل طعام اشتراه شراء فاسدا
قلت هذا مستدل مشايخ العراق فى ان جواز التصرف للمشترى فيما اذا اشترى شراء فاسدا هو ملك التصرف
منه باعتبار تسليط البايع على ذلك لا بناء على ملك العين وهو الاصح بدليل ان من اشترى دارا شراء فاسدا
وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشترى شراء فاسدا ان ياخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية
شراء فاسدا ان ياخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا وقبضها ثم ردها على البايع
وجب على البايع الاستبراء ولو باع الاب او الوصى عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشترى واعتقه جاز عتقه
ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه
ملك العين واما لم يحل وطى الجارية ولم يثبت الشفعة فيما ذكرت لان فى قضاء القاضى بالشفعة تاكيد
الفساد وتقرير وفى الاستعمال بالوطى اعراض عن الرد فلا يجوز له ان يطاها وقال الامام الحلوانى يكره
الوطى ولا يحرم كذا فى التتمة وكذا لا يحل الاكل لما فيه اعراض عن الرد كذا فى فتاوى قاضيخان وان كان قوبل اى الخمر
او الخمر معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير **فان قيل** بحث هذا القول
فساد عظيم لان البيع اسم مبادلة مال بمال حتى لا ينعقد بدونه بالاجماع فاذا لم يجب الملك فى الثانى عاما دالا
صارت المبادلة بالقبض لغير ما ذكرنا وانعدمت المبادلة الاولى فبقى القبض على جهة البيع دون حقيقة
البيع والقبض على جهة البيع لا يوجب ملكا كالمقبوض على سوم الشرا **قلنا** ان العقد صحيح حيث مضمونا
بالقيمة وكذلك القبض بحق العقد حتى اذا اشترى شيئا هو عنده مضمون بالقيمة لم يحتج الى قبض جديد للشراء
حتى يكون الهلاك عليه وتم العقد الا ان ضمان القيمة لا يظهر لعدم المشروط منهما بتراضيهما وهو الثمن
مقام ذلك ولهذا نقول المقبوض بسوم الشرا مضمون بالقيمة وهو ضمان عقد عندنا الا ان الثمن لعدم ثبت
فلم يسقط الضمان الاصلى وهاهنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الاصلى ووجبت القيمة
متى تم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذى يوجبه العقد متى انعقد البيع ولم يكن عنه كذا فى الاسرار
ووجه الفرق اى بين الصورة الاولى والثانية حيث يقع البيع باطلا فى الصورة الاولى وفاسدا فى الصورة
الثانية وحاصل ذلك هو ان الخمر لو وقع مبيعا يكون البيع باطلا فلا يثبت الملك فيما يقابل الخمر وهو
الدراهم لمن قبضها لانه يكون فيه اعزاز للخمر لان المبيع هو المقصود فى البياعات والشرع امر باهانتها لا باعزاز
ولو وقع الخمر ثمنا يكون البيع فاسدا فيثبت الملك فيما يقابل الخمر وهو الثوب مثلا لمن قبضه لانه يكون
فيه اعزاز للثوب لكونه متبوعا لا للخمر واذا ادخل الباء فى الخمر فظاهر فان الثوب يكون مبيعا لتعين
الخمر للثمنية لدخول الباء ولكون الخمر مما يجب فى الذمة بخلاف الثوب فانه فيما سوى الموضع الخاص لا يجب
فى الذمة واما اذا ادخل الباء فى الثوب يكون البيع بيع مقايضة فكان فى الخمر جهة الثمنية لما ان فى بيع المقايضة
كل واحد من العوضين يكون ثمنا ومثمنا واما فى الصورة الاولى وهو ما اذا قابل الخمر بالدراهم يكون البيع
باطلا سواء ادخل الباء فى الخمر او فى الدراهم لتعين الدراهم للثمنية خلقة فحينئذ كان الخمر هو المبيع فيبطل البيع

لذا في الصحاح والمغرب وذكر في المبسوط منهم من يروي الحبلة بالكسر ايضا وليس بحمل ومنهم من يروي
بالفتح الحبلة فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بان ولدت ثم حملت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها وكانوا في
الجاهلية يتبايعون ذلك فابطل ذلك كله رسول الله عليه الصلاة والسلام بنهيه عن بيع المضامين
والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة ولان فيه غررا قال شيخ الاسلام رحمه الله الغرر ما يطوى عنك علمه وذكر
ب في المبسوط الغرر ما يكون مستور العاقبة وذكر في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى
ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهوى ولا اللبن في الضرع لا كيلا ولا مجازفة والاعرابي في ولا اللبن
الجر والرفع على حذف المضاف وهو البيع واقامته تقديرا وكذلك في الصوف على ظهر الغنم بالرفع والجر وربما
يراد فيختلط المبيع بغيره يعني ان اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لا يتناولها البيع واختلاط المبيع
بما ليس بمبيع من مال البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تمكن المنازعة بينهما في التسليم لان
المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن كذا في المبسوط لانه من اوصاف الحيوان
لان الصوف قبل الجزاز وصف الحيوان لان ما يكون متصلا فهو غير مال مقصود من وجه فيجوز بيعه كذلك
وقوله ولانه ينبت من اسفل فالضم على البناء قوله تعالى من قبل ومن بعد لانه من الجهات الست فيبنى
على الضم عند انقطاع ما اضيف هو اليه كاخواته بخلاف القوائم حيث يجوز بيعها لان القوائم تزيد من اعلاه
حتى لو ربطت خيطا في اعلاها وتركت اياما يبقى الخيط اسفل مما في قدرها الان والا على ملك المشتري
وما وقع من الزيادة يقع في ملك المشتري فلا يختلط المبيع مع غيره فيجوز بيعها لذلك اما الصوف فانه
ينمو من اسفله فيلزم الاختلاط وقال في المبسوط وذلك يتبين فيما اذا اختضب الصوف على ظهر الشاة
ثم يتركه حينا فالمخضوب يبقى على راسه لا في اصله والقوائم جاوزها وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل
رحمه الله يقول الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلاه فموضع القطع مجهول
فهو كمن اشترى شجرة على ان يقطعها لا يجوز لان موضع القطع مجهول وبيع الكراث يجوز وان كان ينمو من
اسفله للتعامل كذا في التتمة والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع لغني ولذلك لا يجوز
فان قلت هذا التعليل لقوله مع اخر بترا الى مسا فصلا لانه ذكرا ولا لعين القطع ثم ذكرا حرا ووقوع
التنازع لذلك والتعيين مناف للتنازع فكيف يكون سببا له وعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب
بقوله والقطع في الصوف غير متعين **قلت** اخطا من غير ذلك خطا فاحشا وذلك لان المصنف
رحمه الله اما ذكر تعين القطع في الصوف بمقابلة مسالة القصيل الذي ذكر قبل هذا ليقع الفرق بين
مسالة القصيل وبين مسالة الصوف ولهذا لم يقل وموضع القطع في الصوف متعين بل قال والقطع
في الصوف متعين اي القصيل يقطع ويقلع فلو وقع التنازع في القصيل من حيث القطع فلا يقع من حيث
القلع واما في الصوف فالقطع متعين ولم يعهد القلع وهو النتف فيه فبعد ذلك يقع التنازع في
موضع القطع فلذلك لا يجوز بيع الصوف لادائه الى التنازع ولهذا نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن
بيعه على ظهر الغنم على ما ذكر في الكتاب وذكر في شرح الطحاوي اصل الجنس هذه المسائل فقال الاصل
اذا باع شيئا وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبلها وسائر الحبوب في سنبلها والذهب
في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن واما الذي لا يجوز في غلافه كما اذا باع لبنا في الضرع
او لحما في الشاة الحية او شحمها او اليتها او اكارعها او جلودها او باع دقيقا في هذه الحنطة او سمنا في اللبن
او ما اشبه ذلك من الاشياء التي في خلقتها من حيث لا يمكن اخذها وقبضها الا بافساد الخلقة وجذع
من سقف وذراع من ثوب اي لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب ولكن لو نزع الجذع وسلم لعود
صحيحا وكذلك في الثوب قبل القطع والتسليم اذا كان ثوبا يضره التبعيض والقطع كالقميص والعمامة
واما الكرباس فلا بل يجوز فيه بيع ذراع منه كما يجوز بيع قفيز من صبرة كذا ذكره الامام العتابي رحمه
الله وعينه اما الجذع عين موجود فلذلك يجوز فيما اذا قلع الجذع وسلمه بخلاف بزر البطيخ **فان قيل**
ن هذا يشكل بما اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح فانه لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه
لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عينا موجودا **قلنا** ليس هذه المسالة عليهما مستقلا
لكل واحد منهما تاثير في سلب الجواز احدهما هي ما ذكر في الكتاب بان في وجودهما احتمالا اي هو شي منتف
وهو في غلافه فلا يجوز بيعه على ما ذكر في شرح الطحاوي وذلك يستقيم في نوى التمر وبزر البطيخ والثاني

[illegible]

فان قيل

قلنا

[illegible]

هي ان تكون المبيع وان كان موجودا الكمة متصل بغير المبيع اتصال خلقة فكان تابعا له فكان العجز الى
التسليم هناك معنى اصلنا لا انه اعتبر عاجزا حكما لما فيه من افساد شي غير مستحق بالعقد وذلك كسقيم
في الحلد والاكارع بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه وانما تثبت الاتصال بينه وبين عين تعارض فعل
العباد الا انه عد عاجزا عن التسليم حكما لما فيه من افساد شا غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر
زال المانع فيجوز **فان قيل** ما الفرق بين بعض المعينات من المبيع فيجوز بيعه كحب القطن في قطن بعينه
ونوى تمر في تمر بعينه على ما ذكر في شرح الطحاوي **قلنا** الفرق فيه هو ان في كل موضع يصح اطلاق
اسم ذلك المبيع الذي باعه عليه وعلى ما يتصل به يجوز البيع اعمالا لتصحيح لفظه وما لا فلا ثم الحنطة
وان كانت في سنبلها صح ان يقال هذه حنطة وكذلك في ساير الحبوب هذه ذرة وهذا ارز واما
في حب القطن فلا يجوز ان يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في بزر البطيخ
ونوى التمر لا يقال هذا بزر بل يقال هذا قطن وكذلك في بزر البطيخ ونوى التمر لا يقال هذا بزر
بل يقال هذا بطيخ وهذا تمر هذا كله مما اشار اليه في الذخيرة ضرب الشبكة على الطاير القاها
عليه ومنه نهى عن ضربة القانص القانص هو الصايد وفي تهذيب الازهري هو ضربة الغايص وهو
الغواص على اللالي وذلك ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا المزابنة المدافعة
من الزبن وهو الدفع وسمي هذا النوع من البيع بها لانها تؤدي الى النزاع والدفاع خرص النخلة حزرها
فيها خرصا من حد نصر كذا في المغرب وقوله ولان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شي من الصيد
وبيع المحاقلة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجدود والاول بالثاء المنقوطة بالثلاث والثانية بالتاء
المنقوطة باثنتين كذا وجدت بخط شيخي وبخط الامام الزرنوجي رحمهما الله ولان ما على رؤس النخل
لا يسمى تمرا بل رطبا وانما التمر هو المجدود وانما التمر فعام مثل كيله خرصا اي مثل كيل الثمر الذي على راس
النخل التمر المجدود من حيث الحزر والظن لا من حيث الكيل الحقيقي او الوزن الحقيقي لانه لو وجد الكيل
الحقيقي في البدلين لم يبق التمر على رؤس النخل بكون حينئذ تمرا مجدودا كالذي يقابله من المجدود فلا
انتصاب خرصا على التمييز من مثل كيله فلا يجوز بطريق الخرص لان فيه شبهة الربا والشبهة من باب الربا
ملحقة بالحقيقة في التحريم وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على
خمسة اوسق وله في مقدار خمسة قولان **قوله** رحمه الله ان يباع بخرصها تمرا بالنصب على التمييز
من بخرصها فان قوله ان يباع مسندا الى ضمير راجع الى الثمر الذي على راس النخل لان الكلام فيه وانما ضمير
البارز في بخرصها على انه جمع الثمرة وفي مثله يجوز التذكير والتانيث لما عرف فكان تقديره وهو
اي بيع العرايا ان يباع الثمر التي على راس النخل بخرصها تمرا اي بتمر مجدود مثله حزرا وتخمينا في رد ما قاله
الشافعي رحمه الله من الحل في خمسة اوسق في بيع الثمر على رؤس النخل بتمر مجدود مثله حزرا قوله عليه الصلاة
والسلام التمر بالتمر كيل بكيل وما على رؤس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث
عام متفق عليه فقوله فرجح على الخاص المختلف في قوله والعمل به واما العرية التي فيها الرخصة
بقوله ورخص في العرايا فهي العطية دون البيع قال عليه الصلاة والسلام للخراصين خففوا في
الخرص فان في المال العرية والوصية والمحرم وصلة لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطا
وقال القايل في صفة النخلة فليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوايح والافتخار
بالعطا دون البيع وتفسير العرية ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول
المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضي من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة
فيعطيه مكان ذلك تمرا مجدودا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه لا يكون مخلفا للوعد وهذا عندنا
جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمن لا يكون عوضا
عنه بل هبة مبتداة وانما سمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد
واتفق ان كان ذلك في ما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا
فنقل كما وقع عنده والعنبا من عناه في المسالة لانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق
الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض او كانا على رؤس النخل وكما في ساير المكيلات من الحنطة
والشعير فانه لو باع الشعير المستحصد بشعير مثله بطريق الخرص لم يجز وكذلك الحنطة ثم انما

تمت

الى الحشائش والطوره وذكر الامام التمرتاشي بطلان استئجار الظئر حيث جوزه ان لبن الادمي في حكم النفس
وهو الاعز رتبة ولا يصير متلفه والانتفاع عليه حرمة لا بعينه فيعوله لا بعينه ومع احرازه عن بيع الـ
لحمل فاما اذا كانا لا ينتفع بها في الحال لكن ينتفع بها في المال باعتبارها فيجوز بيع الكوارة مع النحل
عن القدوري [illegible] الاسوى [illegible] وفي التهذيب كوارة النحل وكوارة مخففة وفي باب الكاف
والكوارة [illegible] في المعرب وقد قيد الزمخشري بتخفيف الكاف و
العريش بالضم كذا ذكره الكرخي في مختصره هكذا ذكره هنا وذكر في موضع آخر ان هذا قول القدوري
وانكر ابو الحسن وهو الكرخي جواز بيع النحل مع العسل وقال انما يدخل الشيء في البيع تبعا للعين اذا كان من
حقوقه كالشرب والطريق [illegible] وعند محمد رحمه الله يجوز كيفما كان وعليه الفتوى كذا ذكره الامام المحبوبي
وكذا هو اختيار الصدر الشهيد ذكره في الذخيرة ولا يجوز بيع بيضه اي بيض دود القز وهو الذي يتخذ
[illegible] عند ابي حنيفة رحمه الله [illegible] في بيع النحل وهو ان الانتفاع
لا بعينه [illegible] فلا يجوز البيع وفي مسالة دود القز ابو حنيفة على اصله
[illegible] فقال ما جاز فيهما واما ابو يوسف فعرق بين بيع النحل مع ابي حنيفة
[illegible] فقال ما ظهر من القز منتفع في المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل
[illegible] قال الامام المحبوبي وعليه الفتوى وكذا ذكر في الذخيرة وقال
[illegible] الصدر الشهيد [illegible] كان اشهدا لكن على الولي لانه امانة عنده حتى لو هلك
[illegible] الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان قبض البيع قبض ضمان
[illegible] بالقيمة ولكن وجوب الضمان [illegible] عن وجوب القيمة فقبض الضمان
[illegible] قبض الضمان بالمرهون والملك اما المرهون فان المشتري لو امتنع عن
[illegible] للبائع [illegible] واما الملك فان الضمان بسبب الملك
[illegible] الاصل [illegible] ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا وذكر
[illegible] فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله اي لا يصير قابضا وعندهما يصير قابضا
[illegible] يصير قابضا عقيبا لان عندهما [illegible] الا بوم [illegible]
[illegible] العقد [illegible] احتجاجا [illegible] رحمهم الله [illegible]
[illegible] لان شرط جواز العقد وهو العقد على التسليم كان فائتا
[illegible] التسليم [illegible] او باع طيرا
[illegible] لا ان الاصل فانه لا يجوز البيع لانعدام المحلية لان محل البيع هو مال
[illegible] فان قيل [illegible] فهو كالمعدوم حقيقة
[illegible] الملك فلا يلزم سواء [illegible] واما البيع
[illegible] عن ابي حنيفة رحمه الله انه تم العقد
[illegible] ذكر القاضي اسبيجابي رحمه الله وبعد ظهور الابق فانما
[illegible] التسليم و [illegible] الا اذا كان المشتري رفع
[illegible] وطلب التسليم من البائع [illegible] وفسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر
[illegible] والبائع قد رفع وهو العجز عن التسليم فاذا زال
[illegible] المرهون [illegible] لو باع الابق من ابنه
[illegible] البيع [illegible] في الابق يصلح لقبض الهبة
[illegible] ذكر الفتح [illegible] ولا يبيع لبن امراة
[illegible] في الفتح [illegible] في القدح لا يجوز سواء كان
[illegible] الكلام [illegible] قال ولا بيع لبن امراة في قدح لان
[illegible] لانه لولم يذكر القدح
[illegible] في سائر الناس
[illegible] في القدح او في غيره لا يجوز الى هذا المعنى

اشار الامام ابو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض بقوله بان رواية الجامع الصغير ان البنا المشتبهة
التي يرد في وضع روايته كتاب الاجارات وعلل شمس الائمة في حرمة بقوله ان لبن الادمية في
حكم المنفعة حتى يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع منافعه لا يجوز والراهن التذكية اشار الى رواية
عن محمد رحمه الله فقال لجواز استئجار الظئر دليلا على فساد لبن الادمية وفساد استئجار الانعام
لمنفعة اللبن دليل من يرى بيعه بحسبان فان الحرتكن لحلوبا حتى فساد في الانكحة على الناس والى
ان الفساد لانه مشروط [illegible] ذكر الطحاوي [illegible] الجبر وعن ما لا يسقي
في نفسه [illegible] لعدم الانتفاع فانه لا يجوز بيعهما لعوام وصف الطحاوي
والجمر [illegible] وصف التقوم في [illegible] الادمي فلا يكون مالا الا ان الله هو عز الادمي
طوبا [illegible] ما يجري فيه البيع والصفة ومحل البيع هو المال الذي يعتقد في عين اصلا واما
ان اللبن جزء الادمي فهو ان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية فلما كان هو جزء والادمي بجميع
اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وبيعه فكذلك لا يجوز بيعه فان قيل اجزاء الادمي لا تضمن
بالاتلاف وكذلك اللبن ويجب ان يكون كذلك قلنا اجزاء الادمي لا تضمن بالاتلاف بل يضمن بما ينقص
من الاصل الا ترى ان المجروح اذا اندمل جرحه سقط الضمان وكذلك السن اذا نبتت الا ما استوفي
بالوطء فانه متقوم وان لم ينقص شيئا تغليظا لشأن البضع الا ترى انه يجب وان اذن بالاستيفاء
اذ الحر يجب الحد بخلاف الطرف فانه لا يضمن فيه مع الاذن وههنا ان ما يستوفى بالوطء ملحق حكما
بالنفس في حق الضمان لانه احترام لماء الذي منه نفس بخلاف من حرصون شاة ثم نبتت لم يسقط
ن عنه ضمان الاولى وباتلاف اللبن لا ينقص من الاصل شيء فلا يضمن لذا في الاسرار فان قلت
للبن الادمي حكم المنفعة من حيث جواز استئجار الظئر على ما ذكره شمس الائمة في تعليله وحقيقة الادمي
تحتمل بعقد الاجارة والاجارة نوع بيع فيجب ان يجوز بيع لبن الادمي ايضا ما البيع كعقده قلت
للبن الادمي حكم المنفعة من حيث جواز استئجار الظئر دون العقد للتربية وليس له حكم المنفعة حقيقة
لان المنافع لا تتولد من العين ولكنها اعراض تحدث في العين شيئا فشيئا كالتي عن الادمي ولما كانت
عين جاز ان يستحق بالعقد كسائر الاموال واما اللبن فانه عين متولد من الادمي حقيقة والادمي
خلق ليكون مالكا للمال ومن كونه مالكا لا شيئا فاقرار الله سبحانه الى قوله هو الذي
خلق لكم ما في الارض جميعا ولاجزاء الادمي من الحكم ما لعينه الا ترى ان شعر الادمي لا ينتفع به واما قوله
انه مشروب طاهر فعلل الاشياء بان اللبن مشروب على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان
اخل الضرورة فيما لا يربون الا بلبن الجنس عادة فالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل هذا على
انها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يملك بالعقد للحاجة الى قضاء الشهوة واقامة
النسل ولا يحصل ذلك الا باختصاص في ذلك بدليل على انه مال متقوم ثم ان العقد انما في الذي من
اللبن ذكر انه لا يحتمل البيع بالاتفاق واما ما ذكر في الجواز فقيل ما يحصل به غذاء الصبي وفي تحريم
ذلك فساد على ما بيننا الى هذا اشار في احارات المبسوط لانه اي لان الرق يختص بمحل القوة التي
هي ضد الرق وهو الحي لان محل القوة التي هي ضد الرق الحي والاجزاء اللبن فلا يكون محلا للعتق
ولا للرق فانهما صفتان يختص بهما الاحياء لا يجوز بيعه اهانة له فان قلت محل البيع في مسالة
لبن الادمي وشعره دليل الاهانة حيث قال انه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع وههنا دليل الاهانة
في مسالة شعر الخنزير انه محل عدم جواز بيعه اهانة له وهو قلت قال المحبي رحمه الله في جواب
هذا ان الاعزاز والاهانة يتغايران يتفاوت محلهما لا احرامي فانه اهانته في حق الادمي اعزاز في
حق الخطاب حيث اعتبر به دون غيره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه محل الخرز لانه لا يجوز الانتفاع
بشعر الخنزير لعين الخرز واما جواز الانتفاع للخرز للضرورة لان عينه لا يعمل عمله فلا ضرورة الى البيع
وقيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن يطيب للبائع وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله
ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشرى لان ذلك حالة الضرورة
فاما البيع فيكره للبائع ولا بأس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم وفي
الشافي لو صلى ومعه شعر الخنزير وهو زائد على قدر الدرهم ودونا عند بعضهم ومسطا عند اخرين الحرجة

ن

فان قلت

ل

في رواية وبين حق التعلي حيث لا يجوز اصلاً وقوله على احدى الروايتين وحاصل ذلك ان المذكور
في رواية الجامع الصغير بان بيع الطريق جائز وبيع مسيل الماء لا يجوز لا يخلو عن ثمانية اوجه لانه اما
ان اراد به بيع رقبة الطريق او اراد به حق التطرق وهو المذكور في الكتاب بحق المرور فلو اراد به بيع رقبة
الطريق فلا يخلو اما ان بين طول الطريق وعرضه او لم يبين فبيع رقبة الطريق في الوجهين جائز على
ما ذكرنا من رواية الجامع الصغير لقاضي خان وان اراد بيع الطريق حق التطرق دون رقبة الطريق
ذكر في الزيادات انه لا يجوز وروى ابن سماعة انه يجوز وذكر في كتاب القسمة وجعل حق المرور قسطا
من الثمن وانه يدل على جواز البيع فعلى رواية الجواز فرق بين حق المرور وحق التعلي على ما نذكر وبيع
المسيل لا يخلو عن خمسة اوجه لانه اما ان يريد به بيع رقبة المسيل وهي النهر فهي جائز على ما ذكرنا
من رواية شمس الائمة السرخسي رحمه الله او اراد به رقبة الارض لتسييل الماء فهو على وجهين ان بين حدوده
وموضعه فهو جائز ايضا وان لم يبين لا يجوز واما ان اريد به حق التسييل فهو لا يخلو عن وجهين
اما ان كان هو في السطح او في الارض وكلاهما غير جائز اما عدم الجواز في السطح فلمعنيين احدهما انه
متعلق بالهوا فكان بمنزلة حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات وكذا بيع حق التسييل
في السطح والثاني بسبب الجهالة لان التسييل مجهول يختلف بقلة الماء وكثرته وعدم جواز بيع حق
التسييل في الارض لمعنى واحد وهو الجهالة هذا حاصل ما ذكره الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله
وقاضي خان وغيرهما ووجه الفرق بين حق المرور حيث يجوز بيعه في رواية وبين حق التعلي حيث
لا يجوز بيعه في جميع الروايات مع ان في كل منهما بيع الحق لا بيع العين هو ان حق المرور حق يتعلق برقبة
الارض ورقبة الارض مال هو عين فما يتعلق به كان له حكم المال ايضا اما حق التعلي حق يتعلق
بالهواء والهوا ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز كذا في الجامع الصغير لقاضي خان فاذا هو غلام
ذكر المسند استكبر الخبر وان كان راجعا الى الموت كقوله تعالى قال هذا ربي كما يوث سانيث الخبر
كقوله تعالى ثم لم تكن فتنتهم الا ان قالوا والفرق يبنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله
اي ذلك الاصل الذي ذكرناه هو متفق عليه في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في وجه
قول محمد في مسألة ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلا تفاقهم على ذلك الاصل المتفق عليه
في وجه قول محمد في مسألة من باع جارية فاذا هي غلام وفي مختلفي الجنس لان التسمية ابلغ في التعريف
من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينا والتسمية لاعلام
الماهية وانها امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ونحن نحتاج في مقام التعريف الى ما هو
ابلغ تعريفا فلذلك علقنا الحكم بالمسمى دون المشار اليه واما اذا كان المشار اليه من جنس المسمى
فكانت العبرة للاشارة لان ما يسمى وجد في المشار اليه من جنس المسمى فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه
فبقيت الاشارة لتمييز الذات فلذلك تعلق الحكم بالمشار اليه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر فخر الاسلام
رحمه الله انما يتعلق العقد بالمشار اليه في متفقي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هناك ممكن بان
يحمل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعت هذا العبد الخباز فاذا هو ليس بخباز كان
البيع صحيحا فكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان خلاف جنس المسمى تعلق العقد بالمسمى لان العقد يبنى
على المسمى وهو المقصود والبنا المقصود واجب ويتخير لفوات الوصف وذكر في الفوائد الظهيرية ويثبت
الخيار اذا كان الموجود انقص هكذا ذكر هنا وهكذا ايضا ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر
صاحب المحيط ان للمشتري الخيار من غير تقييد بكونه انقص هكذا ذكر هنا وهكذا ايضا ذكره صدر
الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المحيط ان للمشتري الخيار من غير تقييد بكونه انقص وهو الصحيح
لفوات المقصود المدلول عليه بالاشتراط جنسان للتفاوت في الاغراض فان الجارية تصلح للفراش
والغلام لا يصلح ثم اختلفوا ان هذا البيع باطل ام فاسد قال بعضهم باطل لانه باع المعدوم وبيع
المعدوم باطل وقال بعضهم فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره فصار كانه
باع شيئا على ان يسلم غيره وذلك فاسد كذا ذكره في الجامع الصغير لقاضي خان وهو المعتبر في هذا دون
الاصل اي المعتبر في انهما جنسان مختلفان او متحدان تفاوت الاغراض وتقاربها دون اصل المادة
حتى قالوا ان الخل والدبس جنسان مع اتحاد اصلهما الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب

منسوب الى ودارو قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنه قرية ببخارا كذا في المغرب
او بالعرض يعني اشترى بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض اقل من الالف فانه جائز
بالاتفاق واما قيد بيعه من البايع بالعرض لان البايع الاول لو باعها بالدراهم بعد ما اشتراها
بدنانير وقيمة الدنانير اقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر رحمه الله ولنا قول
عايشة رضي الله عنها الى اخره وهو ان امراة دخلت على عايشة رضي الله عنها وقالت اني بعت من زيد
بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم اشتريت منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عايشة رضي
الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلغي زيدا انه ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول
الله عليه الصلوة والسلام ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من
ربه فانتهى فله ما سلف فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا فيما بينهم وانها سمعت من
رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان اجزية الجرائم لا تعرف بالراي وقد جعلت جزاءه على مباشرة هذا
العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا ان ذلك كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا اعتذر زيد
اليها دليل على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما الى صاحبه
منها ولا يجوز ان يقال الحقت الوعيد به للاجل الى العطاء لانا نقول ان من مذهب عايشة جواز البيع
الى العطاء ولانها قد كرهت العقد الثاني بقولها بئس ما اشتريت وليس فيه هذا المعنى فعرفنا انها
كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانهما تطرقا به الى الثاني والمعنى فيه انه استربح على ما ليس
في ضمانه ونهى رسول الله عن ربح ما لم يضمن وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد
اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما
اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر فالربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ولا كذلك فيما
اذا باعه من غيره لانه لا يحصل للمشتري ربح لا على ضمانه وكذلك اذا اشتراه البايع الاول من المشتري الثاني
لانه لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف اسباب الملك بمنزلة اختلاف الاعيان وكذلك
لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البايع باقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الصفة التي خرج
عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الاثر الذي احتبس عند
المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك او دونه حتى اذا كان النقصان نقصان السعر فهو غير
معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس وليس فيه جزء من العين كذا في المبسوط ذكره في باب
العيوب بئس ما شريت او بعت لان الشرى يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه
ثم انما ذمت العقد الثاني لان الفساد فيه مقصود وفي الاول باعتبار الوسيلة فان قيل لم
ذمت البيعتين والموصوف بالحرمة الثاني دون الاول قلنا قد ذكرنا جوابه من المبسوط بقوله
لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل يحتمل انها ذمت البيع الثاني باعتبار انه بيع المبيع قبل القبض والقبض
لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمت البيع الثاني لاجل الربا حتى تلت عليه اية الربا وليس في بيع
المبيع قبل القبض ربا فان قيل فقد جاء الوعيد ايضا في تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك انه
لو باعه فالبيع جائز لا فاسد قلنا الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد
لاحقا ايضا فلما امكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في حق جواز البيع وكره
ذلك البيع لنسبته الى التفريق واما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربا فالربا مخصوص بالبيع كان
هو الذي اتصل بالبيع فاوجب الفساد ولان في هذا لما كان شبهة الربا اوجب الفساد لان شبهة
الربا ملحقة بحقيقته فاوجب الفساد حقيقته كذا في الفوايد الظهيرية وغيرها لانه لا بد ان يجعل
بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فكان يجتنب به حكم المسالة الاولى وهي شراء ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن وهو فاسد فكذا هذا في حق الجارية التي اشتراها ثم باعها من البايع مع اخرى مثل الثمن
الاول وهو خمسمائة لانه لا بد من تقسيم الخمسمائة عليهما فيصيب كل واحدة منهما بعض الخمسمائة فيكون
البايع الاول مشتريا للتي باعها باقل مما باعها قبل نقد الثمن لا محالة فيفسد العقد في التي باعها ثم اشتراها
لما قلنا **فان قلت** علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان اصابة الثمن كذا وحصتها اقل
من خمسمائة عند تقسيم الثمن عليهما للزوم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن في حقها كان ينبغي

ان لا

ان لا يفسد البيع في التي اشتراها المشتري بخمسمائة لو باعها واخرى معها من البايع بالف وخمسمائة
لان تقسيم الثمن يصيب كل واحدة منهما اكثر من خمسمائة فلا يكون فيه شراء ما باع باقل مما باع ومع ذلك كان
البيع ايضا فاسدا فيها كذا اورده السايلان في الايضاح في الكشف والشان شمس الايمة وفخر الاسلام
رحمهما الله في جامعيهما **فان قيل** انما قيد بهما لانه يجوز العقد فيهما لانا لو جعلنا ما ازاء
ما باعها الفا جاز ولو جعلنا هنا بازاء الف وخمسمائة جاز ايضا هكذا وهكذا ولو انعقد لجهات
الجواز وليس البعض اجمل عليه اولى من البعض فاستتبع الجواز فيها العين جهة الجواز على ما تحقق كل اب
التصرف ان شاء الله تعالى ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها اي في المشتراة لكونه مجتهدا فيه لما ذكرنا
ان شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عند زفر فاضعف الفساد فيها ثم لم يتعد الفساد الى الاخرى
الها كما لو باع عبدا ومدبرا حيث يصح البيع في العبد لضعف فساد البيع في المدبر لم يتعد فساده الى
القن **قلنا** هذا الذي ذكره وهو ان عدم شيوع الفساد في الكل بسبب ضعف الفساد لكونه
مجتهدا فيه منقوض بمسالة ذكرها في المبسوط عند ذكر مسايل السلم وهو ان الرجل اذا اسلم قوهية
في قوهية ومروية فانه باطل في الكل على قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله يصح كما لو اسلم حنطة في شعير وزيت كان باطلا في الكل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز
في حصة الزيت لان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه وليس مجمع عليه لانه لو اسلم ثوبا هرويا
في ثوب هروي فان عند الشافعي رحمه الله وكذلك يجوز عنده اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك
تعدى فساد ذلك الى المعروف به وهو اسلام القوهي في المروي مع كونه مجتهدا فيه على ان التعليل
في هذه المسالة في عدم الشيوع في الكل بان الفساد في المشتراة ضعيف لكونه مجتهدا فيه ليس بمستقيم
قيل لم كذلك فان الشيخ الامام شمس الايمة السرخسي استضعف ذلك التعليل في المبسوط في الفصل
الاول من كتاب البيوع وقال بعد ذكر اسلام القوهية في القوهية والمروية فهذا يبين ان الطريق ما
قلنا في تعليل ابي حنيفة رضي الله عنه في مسالة اسلام الحنطة في الشعير والزيت فان العلة المفسدة للعقد
قد وجدت في الكل اما في حصة الشعير فظاهر واما في حصة الزيت فلانه جعل قبول العقد في الشعير
شرطا في قبول العقد في الزيت فان العلة المفسدة للعقد قد وجدت في الكل لان من جمع بين الشيئين
في العقد الواحد فانه يكون شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في احدهما
دون الاخر لا يجوز وهذا شرط فاسد والبيع بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع القن والمدبر لان
العقد في المدبر ليس بفاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ثم ذكر اسلام القوهية في القوهية والمروية
فقال وبهذا يتبين ان الطريق ما قلنا دون ما قاله بعض مشايخنا رحمهم الله لابي حنيفة رحمه الله
ان الفساد اذا كان قويا مجمعا عليه يتعدى الى ما بقي وان فساد العقد بسبب الجنسية
غير مجمع عليه وقد فرق بين الفصلين ان فصل اسلام الحنطة وفصل اسلام القوهية على ما ذكرنا
ثم العجب من الشيخ الامام شمس الايمة السرخسي رحمه الله استضعف هذه النكتة في المبسوط في تعليل قول
ابي حنيفة رحمه الله ثم هو رحمه الله علل بذلك التعليل ايضا في الجامع الصغير في هذه
المسالة وهي التي نحن فيها فقال وفساد العقد في المشتراة هنا بسبب ضعيف لكونه مجتهدا
فيه فلا يتعدى العقد من محله الى غيره والله تعالى اعلم ولكن هو رحمه الله استعمله على الاحوال فهذا
ما يقال وجه التناقض والفساد في قوله لكن نحن من الحنفية مجازون في كل موضع
ما يلوح به **قوله** رحمه الله اولا نه اي لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربا ولو اعتبرنا
الشبهة في الجارية التي ضمها الى المشتراة لكنا اعتبرنا شبهة الشبهة وذلك لا يجوز وبيان قوله
ان في المشتراة شبهة الربا ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وهو ان في المسالة الاولى انما لم يصح شراء
ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربا وذلك لان الالف وان وجب للبايع بالعقد الاول لكنه
على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع
الامن عنه فيصير البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة
في باب الربا احتياطا والحاق الشبهة بالحقيقة ما امكن الايجاب كما في مهر الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا او لانه طارئ
اي لان الفساد طارئ فلا يتعدى الى الاخرى وبيان ذلك ما ذكره في الفوايد الظهيرية وهو انه ما

هو ممنوع من حقيقة الشراء ممنوع ايضا عما هو شبهة بالشراء مما شرع حكمه الا ترى انه يمنع عن قبض الخمر حكما للشراء الموجود منه لمكان غيره ولنا هذه الاحكام تثبت مضافة الى الشراء لا الى الوكالة والشراء وجد باختيار الوكيل لا حكما للوكالة بخلاف القبض فانه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة البيع باختياره فلذلك منع كما يثبت به شبهة الربا باختياره وهو القبض واما قولنا ان الموكل لا يملكه فبعينه لا بولايته مفوض مسايل منها ان رجلا لو توكل عن غيره بشراء عبد بعينه ثم وكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك العبد جاز ويثبت الملك للوكيل الاول وان كان هو بنفسه لنفسه لا يملك الشراء لنفسه ذكره في وكالة المبسوط ومنها ان القاضي اذا امر ذميا ببيع خمر اوخنزير يصح والقاضي لا يملك التصرف بنفسه ويملك التفويض الى غيره ومنها ان الذمي اذا اوصى الى مسلم وقد ترك خمرا اوخنزيرا فان الوصي يوكل ذميا ببيعه وقسمته وان كان لا يملك هو بنفسه فهذا كله من الفوايد الظهيرية وغيرها ثم حملة المذهب فيه ان يقال الى اخره اي الجملة الكلية لما هنا والاصل الشامل لفروع اصحابنا رحمهم الله ان يقال شرط الى اخره وحاصله ما ذكر في المبسوط فقال ثم الشرط في البيع على اوجه اما ان شرط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في البيع او شرط تسليم الثمن او تسليم المبيع فالبيع جايز لان هذا مطلق العقد يثبت والشرط
ط
لا يزيد الا وكادة وان كان شرطا لا يقتضيه العقد ولكن فيه عرف ظاهر فذلك جايز ايضا كما لو اشترى نعلا وشراكا بشرط ان يحذوه البايع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولان في البيوع عن العادة الظاهرة حرجا بينا وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد لان الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فيتمكن المطالبة بينهما لهذا الشرط فلهذا فسد البيع به وكان فيه منفعة للمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح نحو ما اذا اشترى دابة بشرط ان لا يبيعها لانه لا مطالب له بهذا الشرط وانه لا منفعة فيه لاحد فكان لغوا والبيع صحيح الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله قال يبطل به البيع نص عليه في اخر المزارعة لان في هذا الشرط ضررا على المشتري من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكنا نقول لا معتبر بمعنى الشرط بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر وقوله كل شرط يقتضيه العقد ومعناه ان يجب بالعقد من غير شرط لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا لانهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط والعوض وما شرط فيه من المنفعة لاحدهما مال حتى جاز اخذ العوض عليه لان ذلك مثل ان تقول بعت هذا بشرط ان تعوضني عشرة دراهم في وقت كذا او بعت هذه الدار بشرط ان اسكن فيها شهرا ونحوهما فالربو مال هلك بالمبيع من غير عوض ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده ولان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع الشارع وذلك لان الذي
حـ
يشتري شيئا يرغب فيه كل طالب فلو اراد راغب اخذه لاحتياجه اليه والاخر ايضا يحتاج اليه فيريد اخذه لاحتياجه اليه وكذلك الاخر والاخر فلو لم يسوغ الشارع شيئا يختص به من يباشر ذلك السبب ادى الى المنازعة تفضي الى التقاتل والتفاني وليس بحكمة والشارع موصوف بالحكمة الكاملة فشرع اسبابا ليقطع به المنازعة لانه علم كل احد ان كل من فاز بالسبب فاز بالاختصاص بسببه وهو الشيء المرغوب فيه وطن نفسه بالاياس عن ذلك الشيء اذا لم يوجد منه المباشرة لذلك السبب الذي يؤدي الى الاختصاص بسببه فلا ينازعه فيه واذا ثبت ان شرعية العقد لقطع المنازعة ثم لو شرط فيه شرطا زايدا لا يساعد المشتري البايع على موجب الشرط والبايع يطالب به فيؤدي الى المنازعة فلم يفد حينئذ شرعية العقد ما هو المراد منها وهو قطع المنازعة **فان قيل** لما شرط المشتري او البايع شرطا في العقد فالظاهر انه يجري على موجبه فلا يؤدي الشرط حينئذ الى المنازعة **قلنا** يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع وشرط فبعد ذلك لا يجري الشارط على ما شرطه لان الشرط انما يراعي لحقه في البيع الصحيح لا في البيع الفاسد ففي اي وجه كان الشرط الذي لا يقتضيه العقد يفسد وقوله هو الظاهر من المذهب احتراز عن ما ذكر عن ابي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا من رواية المبسوط لانه ابعد عن المطالبة اي من جانب الدار اي قضية

[illegible]

ان العاقد ... ويثبت الرد بالعيب هذه احكام المتابعة تثبت بسبب الوكالة ... هذه الاحكام ثم ان المسلم لما

هو

العقد ان يكون للمشتري مخيرا في جميع التصرفات في المشتري لا ان يكون ملزما على التصرف الواحد كالاعتاق
او التدبير ولان بيع العقد والشرط يقتضي الالزام على واحد من تلك التصرفات لاشتراط ذلك فكان الشرط
مخالفا لموجب العقد والشافعي رحمه الله وان كان مخالفا في العتق اي في نسمة قوله لان له فيما اذا اشترى
عبدا بشرط ان يعتقه قوله لان كذا في الاسرار **قوله** رحمه الله وتفسيره على بيع العبد نسمة اي وتفسير الشافعي
رحمه الله شرط العتق بشرط الاعتاق على بيع العبد نسمة لكن هذا اللفظ وهو قوله وتفسيره على بيع العبد نسمة
غير مستقيم لما ذكره من المبسوط من تفسير الشافعي رحمه الله بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي ولان الشرا
بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها قال وتفسير البيع بشرط
العتق فلا يصح قوله وتفسيره على بيع العبد نسمة لانه يلزم حينئذ قياس الشي على نفسه وذلك لا يصح والشافعي رحمه
الله تمسك بحديث بريرة رضي الله عنها ليبيعها في المكاتبة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك
فاشتراها واعتقها وانما اشتراها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله عليه الصلاة والسلام قلنا ذلك كما ذكر
من تفسير بيع العبد نسمة فان عايشة رضي الله عنها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقا ووعدت لها ان تعتقها
لغرض بين ذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها كذا في المبسوط النسمة النفس من نسيم الريح سميت بها
النفس ومنها اعتق النسمة ثم انتصاب قوله نسمة في قوله على العبد نسمة على الحال على معرض العتق وانما صح هذا
لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه الصلاة والسلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها
اسم لما هو لعرض العتق بعمومات معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب فالحجة عليه ما ذكرناه من الحديث
والمعقول فالحديث نهيه عليه الصلاة والسلام من بيع وشرط والمعقول ما ذكره من وقوع المنازعة بسبب ذلك
الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد **قوله** رحمه الله كما اذا اتلفه اي كما اتلف الملك بوجه اخر من الموت والقتل
والبيع لانهما ينتفيان على التدبير والاستيلاد فان هناك هي مضمونة بالقيمة سواء كان وفى بالشرط او لم يف بذلك
ها هنا اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية الى هذا اشار في المبسوط ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق لا يوافق
ولكن من حيث حكمه ملائمة لانه منه للملك **فان قلت** لم انقلب العقد بالجواز عندنا لو وفى بالشرط كان ينبغي ان
يقع هذا الشرط جائزا في ابتداء العقد ايضا لما ان تحقق الشرط الفاسد يوجب تحقيق الفساد وتحقيق الشرط الجائز يوجب
تحقق الجواز والعقد الواقع فاسدا بالشرط انما ينقلب الى الجواز اذا وقع الشرط بالمخالفة لا عادا وفي كما في البيع والتدبير
والمهرجان وها هنا انعكس الحكم حيث انقلب الى الجواز عند الوفاء بالشرط فكان ينبغي على هذا ان يقع من الابتداء جائزا
وليس كذلك بالاجماع فما وجهه **قلت** وجهه ان هذا الشرط ذو وجهين شرط فاسد من حيث الذات والصورة
لعدم ملائمة الذات والعقد صورة وشرط جائز من حيث الحكم والمعنى لملائمة العقد حكما على ما ذكر في الكتاب فعملنا
بصورته في ابتداء العقد وقلنا بالفساد وعملنا بحكمه اذا وفى بالشرط وقلنا بالفساد عملا بالوجهين اما الجواب
عن الاستيلاد والتدبير فان الملك لا ينتهي بهما ومعنى الملائمة باعتبار انها الملك به فلذلك تعين جهة الفساد
هناك سواء وفى بالشرط او لم يف فكان الحال قبل ذلك موقوفا فبذلك على اي مكان حال العقد قبل الاعتاق
موقوفا بين ان يبقى فاسدا كما كان او ينقلب الى الجواز بالاعتاق لانه الاجل في المبيع المعين باطل قيد بالمعين
احترازا عن المسلم فيه في السلم فيه متسع ولكنه ليس بمعين فيصح الاجل وذلك لان الدين غير حاصل فكان الاجل فيه
للرفقة لان فائدة شرط الاجل في الديون هي ايصال المدة التي يمكن المشتري من تحصيل الثمن فيها اما المعين حاصل
فلا حاجة الى ذكر الثمن للرفقة والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد لان عدم صحة
افراده بالعقد دليل على انه تبع لا مقصود لان التبع يدخل عند دخول المتبوع فلا حاجة الى ايراد العقد على التبع واستثنا
مثل هذا لا يصح لان الاستثناء يعلم ان المستثنى مقصود وموجب العقد ان يكون الحمل تابعا كاطراف الحيوان فكان الاستثناء
مخالفا لموجب العقد واستثناء الحمل فلذلك لا يصح استثناء الحمل في العقد وحاصل هذه المسألة ما ذكر في شرح الطحاوي
رحمه الله فقال الاستثناء في التظرح المعقود على ثلاث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وفي وجه
العقد جائز والاستثناء جائز اما الوجه الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد هو البيع والاجارة والكتابة
والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة واستثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد واما الوجه الذي
يجوز العقد فيه ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الام والولد جميعا وكذلك العتق اذا اعتق الجارية واستثنى ما
في بطنها صح العقد ولا يصح الاستثناء واما الوجه الذي يجوز فيه كلاهما فهو الوصية اذا اوصى بجاريته لرجل واستثنى
ما في بطنها فانه يصح لان الوصية اخت الميراث فيقع حمل الجارية وصية وما في بطنها ميراث والميراث يجري فيما في البطن

وليس

وليس هذا كما لو اوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها وغلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل الا ترى
انه لو اوصى بخدمتها وغلتها لانسان ثم مات الموصي له بعد ما صحت الوصية لا تعود الى ورثة الموصي ولا
تكون الغلة للخدمة موروثة عن الموصى له ومثله لو اوصى بما في بطن جاريته لانسان ثم مات الموصى له ولا
تكون الغلة للخدمة موروثة لعدما صحت الوصية فانه تعود الى ورثة الموصي له عن ابي المنتهى في الكتاب
ما يمكن في صلب العقد واما لو شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج لان هذا الشرط خلاف
مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد فيبطل الشرط ويصح العقد لان الشرط لم يمكن في صلب العقد
وذلك لان الكتابة تشبه البيع اي انها تشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح
على ما يجي مكاتبة العبد الكتاب ان شاء الله تعالى وكذا الوصية لا تبطل به اي بالاستثناء الحمل بان قال اوصيت
بهذه الجارية لفلان الا حملها حيث صحت الوصية والاستثناء باطل فيه اذا الاستثناء حيث لا يصح الاستثناء
لان يبطل ويصح الوصية وان قال اوصيت بهذه الجارية لفلان وبما في بطنها الا حملها حيث الا حد منها استحق الموصى
له الجارية مع حملها **فان قيل** فهذا يشكل على الاصل المذكور لان الولد هو قوله والاصل ان ما لا يصح به الوصية
وافراده بالعقد لا يصح استثناؤه ويلزم من هذا ان ما صح افراده بالعقد يصح استثناؤه والجارية في الوصية
مما يصح افرادها بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فانه يصح وحيث لم يصح استثناؤها
بالجر ذلك الاصل **قلنا** يمنع او لا لا يلزم ذلك العكس لانه عكس او لا يقال ذكر في الجارية بقوله
وما جاز ان يكون في البيع جاز ان يكون اخرجه بل يصح اخرجه وان لم يشترطه الا عيانا ال الاجنبي والدمع فيما
لا يصلح اثمانا وشرط الحرم ثم لو سلمنا ذلك فلجواز عن عدم صحة الاستثناء فيما نحن فيه المستثنى منه ولفظ
الجارية لا يتناول الخدمة فلا يصح استثناؤها والثاني فان الوصية اخت بحق الاجر انه يصح قبول الموصى
له بعد موت الموصي فلا يتناولها مما ذكر من لفظ العقد مطلقا وكذا لك يدخل الموصي به في ملك ورثة
الموصى له بدون القبول ان مات الموصى له قبل القبول فلا يكون عقدا والثالث انا لو قلنا بصحة استثنا
الخدمة يلزم ان يرد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري في الخدمة لان الارث يجري في الاعيان دون
المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح على ما مر وهو قوله ولو انه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما
شيء من الثمن الى اخره **قوله** رحمه الله ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه اراد بالفعل الصنع وهذا اطلاق
اسم الشي باسم ما يؤول اليه حد الفعل الذي به يتحصل الفعل من الترك وضع الفعل
الترك وهو شرطها الذي هو العدم وهو مقابل الفعل كذا في المغرب ويحدد ما بيناه قوله لانه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين الى اخره وكذا استحسانا ان يجوز للتعامل ومن ابوابه
ايضا ما ذكره في شرح الطحاوي رحمه الله هو ان يشتري صرما على ان يحذو البايع له خفا او قلنسوة
شرط ان يبطن له البايع من عنده بالبيع فهذا الشرط جائز لان للناس فيه تعاملا فصار كصبغ الثوب اي
ترك القياس للتعامل كما في استئجار الصباغ لصبغ الثوب فان القياس لا يجوز هذا الاستيجار لان الاجارة
في بيع المنافع لا بيع العين وفي صبغ الصباغ يلزم بيع العين وهو الصبغ لا المنفعة الخرجية فينبغي ان لا
يجوز اذا استأجر لنفسه لتشرب لكنها لكن جوز استئجار الصباغ مع ذلك للتعامل وترك القياس فيه
للتعامل لان للتعامل تأثيرا في ترك القياس كما ترك القياس في الاستصناع ايضا وهو بيع المعدوم
فينبغي ان لا يجوز ان يبيع الموجود وهو غير مقدور التسليم لا يجوز فان لا يجوز بيع المعدوم ولكن جوز
ذلك للتعامل بصورة الاستصناع سيجي في باب السلم ان شاء الله تعالى ومن صور الاستحسان الذي ترك فيهما
القياس للتعامل دخول الحمام اذ فيه استهلاك الماء وهو عين واستئجار الظئر وفيه استهلاك اللبن وهو
عين النيروز اصله النوروز هو معرب ان فعل كما روي عن عمر رضي الله عنه كل يوم لنا نوروز وهي كان الانصار
يسمون باليوم الذي يسمونه النيروز وهو يوم في طرف الربيع والمهرجان يوم في طرف الخريف وهو معرب
مهرجان او وقت لو ترك شي وذو معنى قوله والبيع الى النيروز اي تأجيل الثمن على المشتري الى النيروز
وهو يوم غير معلوم فلذلك فسد البيع والدليل على هذا تعليله في الفساد بقوله لانه الاجل يجوز بقاع
الفساد غير معلوم بقوله الا اذا كانا يعرفانه اي حينئذ يجوز تأجيل الثمن اليهن الاوقات فلا يصح التقييد
للجهالة لان تأجيل المبيع الى الوقت المعلوم مفسد للبيع بدليل قوله عينا على انه لا يسلمه الى راس الشهر
فسد البيع وقد ذكره مرة فلا بد ذكر ثانيا مع انه لا استغنا عن تعليله بالجهالة وكذلك لا يجوز ان يبيعه

[illegible]

يشكل

يشكل هذا بالنكاح بغير شهود فانه لا ينقلب صحيحا بالاشهاد بعد النكاح وكذلك اذا باع بالف ورطل من خمر
ثم اسقط الخمر لا ينقلب الى الجواز ذكره في الفوائد الظهيرية وكذا اذا باع الى ان يهب الريح ثم اسقط الاجل قلت اما النكاح ح
فان المفسد هناك انعدام شرط الجواز وهو ترك الاشهاد ولا يزول بالاشهاد بعد العقد واما هاهنا فليس الاجل
غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة في وقت الحصاد وذلك غير موجود في الحال فاذا اسقط قبل اوان الحصاد
لعدم تحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله يتقرر الفساد واما اذا باع بالف ورطل خمر فان ذلك العقد ينقلب
صحيحا عندنا اذا اتفقا على اسقاط الخمر نص عليه في اخر الصرف الا ان هناك لا ينفرد به البايع لانه تصرف في البدل ل
ملائم الا برضاهما وهاهنا ينفرد من له الاجل لانه خالص حقه فيسقط باسقاطه واما الجواب عن هبوب الريح فقد
ذكر بجوابه بان ذلك ليس باجل لا اجل هذا كله من المبسوط بطل البيع فيهما وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه
الله وقوله وهذا اشارة الى مطلق الجمع بين الحر والعبد في البيع لان عنده يفسد البيع في القن ايضا سوا
فصل الثمن او لم يفصل ولفظ المبسوط فيهما فقال فاذا احدهما حر فالبيع فاسد فيهما ولا شك ان لفظ
الفساد هناك في حق الاستعاد عن البطلان وما ذكر في اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي رحمه الله يدل على
ان العقد في الكل فاسد لا باطل حيث قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا باع حرا وعبدا وسمى من كل واحد منهما
لم ينعقد وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لم سمى لكل واحد منهما ثمنا فان قال اشتريتهما بالف كل واحد منهما
بخمسمائة جاز في العبد وقال زفر رحمه الله فسد فيهما اي في الجمعين المذكورين وهما الجمع بين الحر والعبد والمدبر
وحاصل ذلك انه يتفاوت عنده في جميع الصور في انه يفسد في الكل على ما يجي ومتروك التسمية عامدا
كالجمع بين القن والمدبر لضعف الفساد في متروك التسمية عامدا لكونه مجتهدا فيه فان الشافعي رحمه الله قال
بحله يصح البيع في حق الذبيحة سوا فصل الثمن او لم يفصل كما هو الحكم فيما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع فلما
هو مجتهد فيه لو قوع ذلك خطابنا لمخالفته الدليل الظاهر من قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
حتى ان القاضي لو قضى بحل متروك التسمية عامدا لا ينفذ قضاؤه فلما كان كذلك كان هو بمنزلة من جمع
بين حر وعبد في البيع فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد **فان قيل** اذا بين ثمن
كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فحينئذ لا يكون القبول في الحر شرطا للبيع في العبد **قلنا** وقد ذكرنا
في اوايل البيوع من رواية الذخيرة ان البايع اذا فرق الثمن بان سمى لكل بعض من المبيع ثمنا على حدة والعقد باقي
بان قال البايع بعتك هذه الثوب الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة دراهم كانت الصفقة متحدة ايضا
فعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع
فان قيل الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين حتى يكون هو في معنى الربا فلا يوجد ذلك
في اشتراط قبول الحر في حق القن فلا يفسد **قلنا** ذلك غير مسلم في كل شرط بل وجود الشرط هو مخالف لمقتضى العقد
كاف في افساد البيع ولين سلمنا ذلك قلنا هو موجود في قبول الحر ايضا وذلك لان قبول الحر قبول لبدل وبدل
الحر مال متقوم والحر ليس بمال فلا يكون بدله مقابلا بالمال فكان بدله خاليا عن العوض فكان ربا وذلك
انه اذا باعهما بالف صار كان البايع قال بعت هذا العبد بخمسمائة حتى ان يسلم لي خمسمائة اخرى وهي
عين الربا باعتبار انه خال عن العوض في البيع وقوله وكان القبول في الحر شرطا الى اخره وذكر في
المبسوط جوابا عما ادعى من هذا فقال وقالا انما يشترط قبول العقد في احدهما دون الاخر وذلك لعدم اذا
لم يصح الايجاب في احدهما وصار هذا كما اذا اشترى عبدا او مكاتبا او مدبرا فالبيع يفسد في المدبر
ويبقى البيع صحيحا في العبد كذا هاهنا وابو حنيفة رحمه الله يقول البايع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط
في قبول العقد في كل واحد منهما قبوله العقد في الاخر بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما
دون الاخر واشتراط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد وقولهما
ان هذا عند صحة الايجاب فيهما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعي الشرط الفاسد وذلك عند فساد
الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البايع بينهما في كلامه لا باعتبار وجود الملحقة فيهما وقد ذكر الكرخي
رحمه الله رجوع ابي يوسف رحمه الله في فصل هذا الحبس الى قول ابي حنيفة رحمه الله وهو مسالة الطوق والجارية
اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسالة على رجوعه في جميع المسائل لان الفرق
بينهما لا يتضح وقال زفر رحمه الله اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لم يجز البيع في العبد سوا سمى
لكل واحد منهما ثمنا او لم يسم وفي المكاتب برضاه في الاصح احتراز عما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف

رحمهما الله لا يرفع وعند محمد رحمه الله يرفع وقضا القاضي بخلاف الاجماع لا ينفذ وعندهما ليس اجماع التابعين
من القوة ما يرفع الخلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم فكان هذا قضا في فصل مجتهد فيه واذا ثبت
ان المحل قابل للبيع حتى ينفذ قضا القاضي فيه وقضا القاضي في غير محله لا ينفذ عرفنا انه دخل في العقد
ثم خرج فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض بقي العقد صحيحا في الاخر حتى اذا كان قبضهما لزم البيع في القن بحصته
من الثمن وكذلك ان كان عالما وقت البيع فان لم يكن عالما به وقت البيع ثم علم بذلك قبل القبض كان له ان يرد
القن منهما لتفرق الصفقة قبل التمام ثم بخيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب وانما يثبت اذا لم يكن
معلوما كذا في المبسوط الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهولا باستحقاقهم انفسهم هذا استثنا عن قوله
وقد دخلوا تحت العقد **قوله** فكان هذا اشارة الى قوله ردوا البيع كان اشارة الى بقاء المبيع في حق
هولا اشارة الى دخوله تحت البيع لان رد البيع بدون انعقاد البيع لا يصح ولا يبيعا بالحصة ابتدا اعاد ذكر
هذا لان البيع بالحصة بقا لا يفسد البيع كما اذا اشترى عبدين فمات احدهما قبل القبض **قوله** وهذا
يكون شرطا لقبول البيع في غير المبيع ولا يبيعا بالحصة ابتدا احترازا عما اذا جمع الحر مع العبد فباعهما
فان هناك يلزم ذلك الفساد ان واما في جمع القن مع المدبر في البيع فلا لدخول المدبر ومثله في البيع
على ما ذكرنا فيه اي فيما باع المدبر مع القن والله اعلم **فصل في احكامه** لما ذكر انواع البيع الفاسد
ذكر في هذا الفصل احكامه اذ الحكم اثر يترتب على الشي بعد وجوده وكذا ذكروا واذا قبض المشتري المبيع
في البيع الفاسد بامر البايع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمه قيمته ففي هذه
العقود فايدة ذكر قبض المشتري لم يثبت الملك عليه لان الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض وذكر
البيع الفاسد احترازا عن البيع الباطل لما ان الملك لا يثبت في البيع الباطل وان اتصل القبض به وقد
مر وذكر بامر البايع المراد منه الاذن حتى انه ذكر في الكتاب ذلك بلفظ الاذن بعد هذا واراد به الامر
بعد الافتراق ثم الاذن بالقبض على ضربين صريح ودليل فالصريح ان يامره بقبضه فقبضه المشتري
بحضرة البايع او بغير حضرته فاما الدليل فهو ان يقبضه المشتري عقيب العقد بحضرة البايع على القبض
ملكه ايضا ولو قبضه بغير حضرته لم يملكه اذا لم يوجد من البايع صريح الامر بالقبض كذا في شرح الطحاوي
وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ذكر فايدته في الكتاب ملك المبيع هذا عامة مشايخنا فاما قول
مشايخنا من اهل العراق ان المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف غير مملوك العين وهذا غير صحيح لان
محمدا رحمه الله نص في كتاب الشهادات وقال اذا ادعى عليه هذا الشي فهو خصم فيه لانه ملكه الرقبة
ويدل عليه شواهد الاصول وهي ان المشتري اذا اعتق العبد ثبت الولاية دون البايع ولو لم يكن مالكا
للرقبة لما ثبت الولاية ولو باعه المشتري فالثمن له وعليه القيمة للبايع ولو كان تصرف بتسليط
البايع كان يرفع عنه الضمان والثمن للبايع الاول ولو كان المشتري دارا فبيعت دار بجنبها تثبت
الشفعة للمشتري دون البايع ولو كان عبدا فاعتقه البايع لا ينفذ عتقه فيه كذا في شرح الطحاوي
وقد ذكرنا فيما ذكرنا ثمرة في اوايل باب البيع الفاسد ما يتسبب به مشايخ العراق وجوابه هناك وقال
الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه وحاصله ان عند الشافعي رحمه الله البيع على ضربين بيع جائز
وبيع باطل لا غير وعندنا البيع على اربعة اوجه بيع جائز وبيع فاسد وبيع باطل وبيع موقوف
كذا في شرح الطحاوي هذا التقسيم من حيث اثبات الملك وعدم اثباته او اثباته على طريق التوقف واما
تقسيمه بما سوى ذلك فلا ذكرناه وقد ذكرناه في اول كتاب البيوع فلا ينال به نعمة الملك بل نعمة الملك
انما تنال بالمباح كنعمة ملك المتعة اصالة او تبعا انما تنال بالنكاح الصحيح والشرى الصحيح ولان النهي نسخ
للمشروعية للتضاد لان المشروعية تقتضي كونه حسنا وكونه منهيا يقتضي كونه ان يكون قبيحا وبين القبح
والحسن تضاد فانما ورد احدهما على الاخر نسخه اي رفعه لا محالة للتضاد وذكر في المبسوط وفي الحقيقة
هذه المسالة تنبني على مسالة من اصول الفقه وهي ان النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من ان تكون
مشروعة عندنا فان ذلك يوجب الفسخ والنهي عن الفسخ وعنده يخرجها من ان تكون مشروعة بمقتضى النهي
فان صفة القبح من ضرورة النهي كما ان صفة الحسن من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضيا والقبيح لا يكون
مرضيا فينعدم اصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه لكنا نقول موجب النهي الانتها على وجه يكون المنتهي
مختارا فيه كما ان موجب الامر الايتمار على وجه يكون المومور مختارا فيه فان استحقاق الثواب والعقاب

احكام البيع الفاسد

يبني

[redacted]

[redacted]

بعد حج

احراز

احترازعن ما ذكره صاحب الايضاح وسماها الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البايع في البيع
الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة ثم قال وذكر في الزيادات انه اذا قبضه بحضرته
ولم ينهه انه يثبت الملك ولم يحك خلافا لان العقد تسليط له على القبض فاذا قبضه بحضرته
ولم ينهه يثبت الملك ووجه المشهور من الرواية ان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض
لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضي وهو التسليط
على القبض وهو بخلاف ما اذا وهب انه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان التصرف
وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه
ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه
وفي الذخيرة وعن الفقيه ابي جعفر رحمه الله انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس
بغير اذنه اذا كان ادى الثمن والتخلية في البيع الفاسد ليس بقبض فيخرج عليه اي على اشتراط المالية
في العوضين في البيع الفاسد حتى يثبت الملك قبل القبض البيع بالميتة والدم والحر بالريح اي بيع الشيء
بالريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن هذا كله من البيوع باطل لا فاسد لما ذكر ان من شرط البيع الفاسد
ان يكون العوضان كل واحد منهما مالا وهذه الاشيا ليست باموال اصلا فيكون بيع هذه الاشيا
او البيع بهذه الاشيا كان باطلا في الوجهين فيما اذا كانت مبيعة او بالطريق الاولى بخلاف الخمر حيث يبطل
البيع فيما اذا كانت مبيعة لا فيما اذا كانت ثمنا ولكل واحد من المتعاقدين فسخه كان من حقه ان يقول
ويجب ان يقول ويجب على كل واحد من المتعاقدين فسخه لان فسخه البيع الفاسد فيما بينه ولانه
الفسخ واجب كيلا يبقى تصرفه على العين المشتري بالفساد مكروها او حراما فانه ذكر في الايضاح ويكره
للمشتري ان يتصرف فيه بتمليك او انتفاع لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان اعدام الفساد واجب
والتصرف فيه تقرير للفساد الا ان مراد المصنف من هذا اثبات ولاية الفسخ لكل واحد من المتعاقدين
اذا كان الفساد في صلب العقد المراد من الفساد في صلب العقد هو ان يكون لمعنى في البدل والمبدل
كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر فكل واحد من هذه الصور يملك فسخه بحضرة صاحبه عندهما وعند
ابي يوسف رحمه الله بحضرة صاحبه وبغير حضرته واما اذا لم يكن الفساد قويا داخلا في صلبه
واما الفساد بشرط منفعة لاحد المتعاقدين فكل واحد منهما يملك فسخه قبل القبض واما بعد القبض
فالذي له الشرط له ان يفسخه بحضرة صاحبه وليس للاخر الفسخ هذا اذا كان المبيع قائما حاله في يد
المشتري لم يزد ولم ينقص واما لو ازداد المبيع في يد المشتري فالزيادة لا تخلو اما ان تكون
متصلة او منفصلة وكل واحد منهما على ضربين اما ان تكون النقصان متولدة من الاصل او غير متولدة
من الاصل وكذلك في جانب الانتقاص يتنوع الى ان يكون النقصان بآفة سماوية او بفعل الغير
وذلك الغير اما ان يكون بايعا او مشتريا او اجنبيا فوجوهه كثيرة تعرف ذلك في شرح الطحاوي واكثر
احكام هذه الوجوه اي وجوه الزيادة والنقصان ملحق باحكام الغصب ففي كل موضع للمالك ولاية فيه
ولاية الاسترداد وان كان يقع التفاوت بينهما في بعض الاحكام وانما اريد بالفساد في صلب العقد ما كان
راجعا الى البدل والمبدل لان صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع بالعوضين فكل فساد يمكن
في احد العوضين يكون فسادا في صلب العقد فان باعه المشتري اي فان باع المشتري شرا فاسدا
اما قبضه فيه لانه ملكه فملك التصرف اي من البيع والهبة والاعتاق اما لو كان ماكولا لا يحل اكله
ولو كان جارية لا يحل له وطيها على ما ذكرناه من رواية شرح الطحاوي وسقط حق الاسترداد لتعلق
حق العبد الثاني وهو المشتري الثاني وذكر في الذخيرة ويبطل به حق البايع في الاسترداد سواء كان
تصرفا يحتمل النقض كالبيع او لا يحتمل كالاعتاق الا الاجارة والنكاح فان هذه التصرفات لا تبطل حق
البايع في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشرا عذر في فسخها ولم يذكر
محمد رحمه الله من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان القاضي هو الذي يفسخ والزوج يشبه الاجارة
لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة ايضا فتعلق حق الرجوع
بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وكذا ايضا في الايضاح وذكر في المبسوط
وانما تعذر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع والهبة وما اشبه ذلك فان المشتري شرا فاسدا لما

مالك وكل

باع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذه العين حق المشتري الثاني وحق الله تعالى ايضا من حيث فسخ العقد
بالرد على البائع الاول وحق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا يقدم حق العبد لا تهاونا بحق الله تعالى ولكن
لان الله تعالى غني وفي العفو منه ارجى بخلاف المشتري من الغاصب لان ثمة تعلق به حق المشتري وحق
المغصوب وكل واحد من الحقين حق العبد فيرجح حق المغصوب منه لانه اسبق وقوله سقط حق الاسترداد
لتعلق حق العبد الثاني وهو المشتري الثاني **فان قلت** يشكل على هذا ما اذا مات المشتري شرا
فاسدا فان ملك ما اشتراه وارثه بالارث لم يسقط حق استرداد البائع من وارث المشتري وان تعلق به
حق الوارث بل له ان يسترده من وارث المشتري بخلاف ما اذا اوصى المشتري بما اشتراه لاخر ثم مات
لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له **قلت** انما كان كذلك لان ملك الوارث في حكم عين ما كان
للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو
مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد واما الموصى له فهو بمنزلة المشتري
الثاني لان له ملكا متجددا لثبوته بسبب اختياري منشا والى هذا لا يرد بالعيب الى هذا اشار في
الذخيرة وقوله وحق العبد مقدم لحاجته **فان قيل** يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد
ثم احرم يجب عليه ارساله وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد **قلنا** بل الواجب عنه الجمع بين الحقين
لانه ممكن لا الترجيح وانما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وهنا ممكن بان يرسل من يده في موضع يحفظ لانه
ملكه ولانه اي ولان البيع الثاني وهو بيع المشتري شرا فاسدا حصل بتسليط من جهة البائع اي
البائع الاول وهو البائع بيعا فاسدا فلا يتمكن البائع من الاسترداد من المشتري الثاني لوجود ذلك
البيع الثاني بتسليط منه ثم لو تمكن من الاسترداد مع ذلك كان سعيا في نقض ما تم من جهته وهو لا
يجوز لادائه الى المناقضة **فان قيل** ما اعتبر ذلك في بيع نفسه قبل وجود البيع الثاني حتى ان له
ولاية الاسترداد قبل ان يبيع المشتري شرا فاسدا ترجح حق البائع لسفه وبقا المحل على ما كان من
غير تعلق حق المشتري الثاني ولولاها في بيعه لفساده وكان ذلك التمكن منه باعتبار رفع الفساد
لا باعتبار نقض ما تم من جهته **قلنا** اذا لم يبعه المشتري شرا فاسدا ترجح حق البائع لسفه وبقا
المحل على ما كان من غير تعلق حق المشتري الثاني ولولاها في بيعه لفساده وكان ذلك التمكن منه باعتبار
دفع الفساد لا باعتبار نقض ما تم من جهته فلما باع المشتري شرا فاسدا ترجح حق البائع لسفه وبقا
المحل على ما كان من غير تعلق حق المشتري الثاني حصل ذلك العين غير تلك العين لان تبدل الاسباب
بمنزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو بقي له حق الاسترداد يكون منه
السعي في نقض ما تم من جهته خالصا لما ان البيع الثاني صحيح ولا فساد فيه حتى يحال تمكن الاسترداد
منه الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة وجه الورود هو
انه لما ذكر ان تصرفات المشتري شرا فاسدا فيما اشتراه من البيع والهبة وغيرهما تمنع من حيث لم يبق
للبائع بيعا فاسدا ولاية الاسترداد من المشتري الثاني لتعلق حق المشتري الثاني بما اشتراه او لاعتبار
تصرف المشتري شرا فاسدا فان تصرفه ذلك صحيح وان كان شراؤه فاسدا ورد عليه تصرفات
المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها حيث يبقى للشفيع ان ينقض هذه التصرفات
كلها وان تعلق بها حق الغير فاجاب عنه بقوله لان كل واحد منهما حق العبد اي كل واحد من تصرف
المشتري واخذ الشفيع حق العبد وكل واحد من التصرف ايضا مشروع غير موصوف بالفساد فلما
استويا اي حق الشفيع وحق المشتري الدار المشفوعة في هذين الوصفين اي في انهما حق العبد وانهما
مشروعان يرجح حق الشفيع لمعنيين احدهما ان حق الشفيع مقدم فالترجيح للاسبق والثاني ان هذه
التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال
كان في نقضها سعي في نقض ما تم من جهته بخلاف البيع بيعا فاسدا فان تصرف المشتري هناك وجد
بتسليط البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه اذ لو جاز يلزم السعي في نقض ما تم من جهته
واما هاهنا فبخلافه لانه لم يوجد منه التسليط وذكر في الذخيرة ان التسليط انما يثبت بالاذن
نصا او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع وعلته العينية لما ذكرنا
وهو قوله لانه مضمون بنفسه بالقبض لما انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن ولبس

لحبسهما

لحبسهما في عود الاسترداد او زيادة فالحق لما ان عود الاسترداد ثابت في جميع الصور اذا انتقض هذه
التصرفات من البيع والهبة [illegible] قبل ان يقضي القاضي بالقيمة
كان له ولاية الاسترداد وكذلك [illegible]
[illegible] عود حق الاسترداد في جميع هذه الصور للبائع انما يكون اذا لم يكن
القاضي قضى على المشتري بالقيمة واما اذا كان [illegible] اعني عجز المكاتب وفك الرهن ورجوع
الواهب ورد المبيع الى البائع [illegible] القاضي بالقيمة [illegible] فلا يعود في العين
[illegible] ثم عاد كذا في المبسوط [illegible]
[illegible] الى القيمة التي اخذها من المشتري هذا الحكم ثابت في الاجارة
الفاسدة والرهن الفاسد [illegible] وقال الامام التمرتاشي رحمه الله لو اشترى [illegible]
[illegible]

هن

[illegible]
فان قيل [illegible]
قلنا [illegible]
[illegible]
قال الامام التمرتاشي رحمه الله [illegible]
[illegible]
[illegible] فيما اذا كان البيع الفاسد صحيحا وان لم يكن [illegible]
[illegible]
[illegible] العوائد الظاهرة وان كان [illegible]
ان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل ان كان مثليا [illegible]
[illegible] المغصوب [illegible]
حنيفة رحمه الله [illegible] مذهب ابي حنيفة رحمه الله [illegible]
بالثمن [illegible] وقال شمس الائمة [illegible] رحمه الله [illegible]
[illegible] ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف [illegible]
[illegible] وقال محمد رحمه الله [illegible]
ثم قال شمس الائمة [illegible] في هذه المسالة [illegible]
ذلك حتى يحتاج فيه الى القضا او الرضا [illegible] وقد ذكرنا ان البائع
بيعا فاسدا اذا مات فلوارثه حق الاسترداد [illegible]
عن الاجانب بخلاف حق الشفيع وانه وان كان ضعيفا لم يوجد منه التسليط [illegible]

لو حق نقض البنا بخلاف البائع الا يرى ان المشتري لو بنى في الدار ثم استحق موضع البنا ونقض البنا رجع
المشتري بقيمة البنا على البائع والشفيع لو نقض سقطت ونقض لا يرجع واذا ثبت لما ذكرنا ان حق
البائع قد انقطع في الاسترداد كان للشفيع ان ياخذ بشفعته بالقيمة لان البيع الفاسد لا يوجب
الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فاذا انقطع حق البائع بالبنا في الاسترداد عند ابي حنيفة رحمه
الله كان للشفيع الشفعة لانه لما انقطع حق البائع صار هذا بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بنا المشتري
كما لو باعها المشتري من اخر فالشفيع [illegible] ان ياخذها بالبيع الثاني بالثمن وبالبيع الاول بالقيمة وان كان
لا شفعة في البيع الفاسد لان ههنا انقطع حق البائع وان وهبها المشتري ياخذ الشفيع بالبيع
الفاسد بالقيمة واتفقت الروايات ان الطالب في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا
وقت الشرا **فان قيل** على قول ابي حنيفة رحمه الله اذا انقطع حق البائع في الاسترداد بالغرس والبنا
فالشفيع ياخذها بالشفعة وينقض البناء والغرس بحق الشفيع فاذا وجب نقض البناء والغرس بحق الشفيع
فلان يجب نقض البناء والغرس بحق الشرع [illegible] العقد الفاسد وجب نقضهما لحق البائع اولى لان
البائع [illegible] والشفيع [illegible] اعدام الفاسد [illegible] الطريق الاول **قلنا** [illegible] نقض المستحق الشفيع
[illegible] والشفيع [illegible] ولان البائع سلطه على الغرس والبناء دون
الشفيع **فان قيل** اذا نقض البنا والغرس [illegible] الشفعة يجب ان يعود حق البائع في
الاسترداد [illegible] وزوال البنا [illegible] وهو البنا كما اذا باع المشتري شراء
فاسدا [illegible] من كل وجه يعود حق البائع في الاسترداد وزوال
قلنا [illegible] من الاسترداد [illegible] بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع من الاسترداد ايضا الا يرى
ان المشتري لو باعها [illegible] البيع الثاني [illegible] البيع الثاني [illegible] البيع
الثاني [illegible] ان يعود حق البائع في الاسترداد [illegible] حق البائع في الاسترداد لان نقض البيع
الثاني انما كان لحق الشفيع ومقتضى التملك بالشفعة انما كان بعد ذلك البيع فلا يثبت على وجه
[illegible] حق الشفيع وذلك لان النقض انما يجب [illegible] الشفيع فصار النقض [illegible]
[illegible] الشفيع [illegible] المقتضى وهو التسليم الى الشفيع [illegible]
[illegible] الامام شمس الاسلام والمرغيناني والمحبوبي رحمهم الله
[illegible] الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله [illegible] ابي حنيفة ان حق البائع قد انقطع
من الاسترداد [illegible] البنا والغرس والدليل على ذلك ما نصه محمد رحمه الله على الاختلاف والشفعة
[illegible] ابو حنيفة رحمه الله للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شرا فاسدا وبنى
فيها او غرس [illegible] لا شفعة للشفيع فيها فاستحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
في الاسترداد وعدم استحقاق الشفعة مبني على بقاء حق البائع في الاسترداد وذلك لانه لا شفعة
في البيع الفاسد ما دام حق الاسترداد باقيا [illegible] الفساد ولم يذكر [illegible]
ابي حنيفة رحمه الله [illegible] الشفعة للشفيع في هذه الدار التي اشتراها المشتري شرا فاسدا
وبنى فيها او غرس [illegible] ان حق البائع قد انقطع عن الاسترداد ببنا
المشتري فيها او بغرس [illegible] ولما انقطع حقه عن الاسترداد وجبت القيمة على المشتري الى هذا
اشار شيخ الاسلام رحمه الله في المبسوط [illegible] كان قوله وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف الى
اخره [illegible] قوله [illegible] الرواية عن ابي حنيفة رحمه لان مذهب ابي حنيفة
رحمه الله مبني على انقطاع حق البائع بالبنا فكان من يقول بانقطاع حق البائع بالبنا يقول بثبوت
الشفعة للشفيع وكان من يقول ببقاء حق البائع في الاسترداد يقول بانه لا شفعة للشفيع وقوله
[illegible] على قول ابي حنيفة [illegible] انقطاع حق البائع اي وثبوت حق الشفعة على الاختلاف
[illegible] ابي حنيفة رحمه الله [illegible] حق الشفعة فكان انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتا وعندهما
لا يثبت حق الشفعة لانه لا ينقطع حق البائع عندهما في الاسترداد ومن اشترى جارية بيعا
فاسدا [illegible] فباع الجارية وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والاصل
فيه ان المال نوعان نوع يتعين في العقد ونوع لا يتعين والخبث على نوعين خبث لعدم الملك

وحنث

وحنث لفساد الملك والحنث لعدم الملك يعمل في النوعين جميعا حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرف
في المغصوب او الوديعة والمغصوب عرض او من النقود وادى ضمانها للمالك وبقي
الربح يتصدق بالربح في قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد لان فيما يتعين بالتعيين هذا بدل مال الغير فيثبت
حقيقة الخبث وفيما لا يتعين بالتعيين اذا لم يكن بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل يتعلق بمثل
ذلك في الذمة لكن انما يتوسل الى الربح باداء المغصوب والوديعة يمكن فيه شبهة الربح فيتصدق
بالربح والحنث لفساد الملك دون الحنث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يتعين وشبهة الشبهة
فيما لا يتعين فلهذا قال يتصدق المشتري بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن وعلى هذه الرواية التي
لا تتعين الدراهم والدنانير لا يتعينان بالتعيين ومعنى عدم التعيين فيهما انه لو اشار المشتري اليها
بان قال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يمسكها ويدفع الى البائع غيرها من الدراهم
لما ان الثمن عند الشراء يجب في ذمة المشتري لا باعيان تلك الدراهم المشار اليها في العقود اي
عقود المبايعات فيه يقع الاحتراز عن المغصوب والودائع والشركات **فان قلت** قد ذكر قبيل
هذا الخطوط انها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانها بمنزلة المغصوب فكيف ذكرها هنا بانها
لا تتعين **قلت** فيه اختلاف الروايتين بانها تتعين او لا تتعين فذكر هذه المسئلة مبنية على قول
من يقول بانها لا تتعين وان لم يكن هو الاصح على ما ذكرنا من رواية الجامع الصغير لقاضي خان
رحمه الله فلم يتعلق العقد الثاني بعينها اي لم يتعين شرا البائع بعين دراهم الجارية التي باعها
وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اي وهذا الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين انما
للخبث لعدم الملك كالجارية المغصوبة والدراهم المغصوبة والوديعة يشمل النوعين وهما النقود
والعروض من حيث انه يتعلق بها اي بما لا يتعين سلامة المبيع بان نقد من الدراهم المغصوبة
او تقدير الثمن بان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة
شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة حقيقة الخبث فيما يتعين بالتعيين واللام في الحقيقة
والشبهة للمعهود اي صار الخبث بسبب الفساد فيما يتعين نظير الخبث لعدم الملك فيما لا يتعين وجب
التصدق بالربح فاما فيما لا يتعين لما كان عند حقيقة الخبث وهو الخبث لعدم الملك لا يثبت الا
شبهة الخبث فعند شبهة الخبث وهو الخبث بسبب الفساد لو ثبت يثبت شبهة الشبهة وتلك
غير معتبرة بالحديث وهو ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن الربا والريبة والريبة هي الشبهة
ولم يعتبر النازل عنها لان شبهة الشبهة لو كانت معتبرة لكان دونها معتبرة ايضا فاذن لا يكون
البيع خاليا عن ما يشبهه الشبهة فيؤدي حينئذ الى انسداد باب التجارة وهو مفتوح ولان الاصل
في الكسب التوسعة وقد عدل عن هذا الاصل في حق الشبهة فبقي ما انحط عنها على الاصل لان
الخبث لفساد الملك ههنا لانه قبض الدراهم بدلا عن ما يزعم انه ملكه وهو الدين فاذا ظهر انه
لم يكن عليه دين كان المقبوض بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا والخبث لفساد الملك
لا يظهر فيما لا يتعين كذا ذكره الامام قاضي خان وبدل المستحق البدل هو الدراهم المقبوض والمستحق
هو الدين لان الدين وجب بالتسمية وهو دعواه على زعم الامر استحق اي الدين بالتصادق وبدل
المستحق مملوك سوا كان المستحق عينا او دينا اما عينا فانه اذا اشترى عبدا بجارية ثم اعتق العبد
فاستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما صح عتق العبد مع ان العبد
هنا بدل الجارية المستحقة والعتق لا يجوز في غير الملك لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما
لا يملكه ابن ادم فلما ملك بدل المستحق فيما كان المستحق فيما يتعين فاولى ان لا يملك بدل المستحق
فيما لا يتعين وهو الدين والذي نحن فيه وذكر الامام قاضي خان في الجامع الكبير في تعليل ما
نحن فيه وقال لانه قبض الدراهم بدلا عن ما يزعم انه ملكه وهو الدين في الذمة اذ الديون
تقضى بامثالها ثم لما ظهر انه لم يكن عليه دين كان المستحق وهو الدين في الذمة والدراهم
بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف وقال لغريمه والله لا افارقك حتى استوفي منك حقي ثم باعه
المديون عبدا بعينه بذلك الدين ثم فارقه الحالف بعد ما قبض العبد ثم ان مولى العبد استحقه
ولم يجز البيع ولا يحنث الحالف لان المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع لان ثمن المستحق مملوك فلا يحنث

والله اعلم **فصل فيما يكره** والمكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعب الفاسد فلذلك الحق المكروه بالفاسد واخره كر النجش بفتحتين ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وانت لا تريد شراها الا ليراك الاخر فيقع فيه وكذا في النكاح وغيره ومنه الحديث نهى عن النجش ويروى بالسكون ولا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك كذا في المغرب وذكر في شرح الطحاوي رحمه الله في مسالة النجش وهذا اي النهي فيما اذا طلب الراغب فيها من صاحبها بمثل ثمنها واما اذا كان الراغب فيها يطلب السلعة من صاحبها بدون ثمنها فزاد رجل في ثمنها الى ما يبلغ قيمتها فلا باس به وان لم يكن له رغبة في ذلك لا يستام الرجل على سوم غيره هذا نهي في معنى النهي وهذا ابلغ كان لخبار الشارع ابلغ في استدعاء من الامر فصورة السوم على سوم غيره هي ما ذكره في شرح الطحاوي فقال صورته ان يستام الرجلان على السلعة والمشتري والبايع قد رضيا بذلك ولم ينعقد عقد البيع حتى دخل آخر على سومه واشتراه منه فانه يجوز في الحكم ولكنه يكره وهذا اذا جنح قلب البايع الى البيع من الاول بما يطلب منه من الثمن واما اذا لم يجنح قلبه اليه ولم يرض بذلك فلا باس للثاني ان يشتريه لان هذا بيع من يزيد وقد روي عن انس رضي الله عنه ان رسول الله عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا بيع من يزيد وكذلك الرجل اذا خطب امراة وجنح قلبها اليه يكره لغيره ان يخطبها وان لم يجنح قلبها الى الاول فلا باس لغيره ان يخطبها وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا اي يكره الخطبة على خطبة غيره اذا تراضيا المتعاقدان على المهر وركن احدهما الى الآخر واما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فلا باس بالخطبة وعن تلقي الجلب جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه نهى عن تلقي الجلب كذا في المغرب وذكر في شرح الطحاوي وصورته هي ان واحدا من اهل المصر اخبر بمجيء قافلة بميرة عظيمة واهل المصر في قحط وجدوبة فتلقاهم ذلك الواحد واشترى منهم جميع ما يمتارون وادخله المصر ويبيعه على ما اراده من الثمن ولو تركهم وادخلوا بانفسهم وباعوها من اهل المصر متفرقا فتوسع اهل المصر بذلك فاذا كان الامر على ما وصفنا فهو مكروه وان كان اهل المصر لا يتضررون بذلك فانه لا يكره ثم قال وقال بعضهم صورته ان يتلقاهم رجل من اهل المصر فاشترى منهم بارخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بسعر المصر فالشرا جائز في الحكم ولكنه مكروه لانه غرهم سواء تضرر به اهل المصر او لم يتضرروا به وعن بيع الحاضر للبادي قيل هو ان يتولى المصري عن من حاجة المصري ليغالي في القيمة وذكر في شرح الطحاوي صورته ان الرجل اذا كان له طعام وعلف واهل المصر في قحط منهما وهو لا يبيعهما من اهل المصر حتى يتوسعوا ولكنه يبيعهما من اهل البادية بثمن غال وهم يتضررون بذلك فهو مكروه واما اذا كان اهل المصر في سعة ولا يتضررون بذلك فلا باس ببيعه منهم فعلى ما ذكره في شرح الطحاوي كان اللام في البادي بمعنى من اي من البادي العوز الضيق وان يعوزك الشيء اي يقل عندك وانت محتاج اليه يقال اعوزني المطلوب اي اعجزني كذا في المغرب ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه يعني اذا قعدا او وقفا متبايعين لاجل البيع واما اذا كانا يمشيان ويتبايعان فلا باس بذلك كذا ذكره ابو اليسر رحمه الله في اصول الفقه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه وهو قوله المعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال كل ذلك يكره اي المذكور من اول الفصل الى ههنا ولا يفسد به البيع حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض ويقبض ما بيننا وهو استيام الرجل على سوم الاخر قبل ان يركن احدهما الى الآخر الى ان قال فهو بيع من يزيد **نوع منه** اي نوع من البيع المكروه وانما فصل هذا عن ذلك لان هذا الذي يذكر مسائل مختلفة يجمعها معنى واحد في الكراهة وهو التفريق فكانه اشار بذلك الى انه بمنزلة [illegible] يكفي لفصل على حدة وان كان اصله يرجع الى معنى واحد كقبيلة اجتمعت ولها قرابات يكفي لكونها فرقة لعشايرها نفسها بخلاف الاول فان فيه مسائل شتى ولها اصول مختلفة او لان الكراهة في الذي يذكر المعنى راجع الى المعقود عليه والكراهة الذي ذكر لمعان راجعة الى غير المعقود عليه ومن ملك مملوكين ذكر لفظ الملك ليتناول وجوه سبب الملك من قبول الهبة والوصية والشرى

والار

والارث قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها الحديث فالوعيد جاء للتفريق وكان التفريق غير مباح ولم يتعرض للبيع فلذلك لم يقل بعدم جواز البيع ولكن لما كان سبب التفريق المورث للوعيد البيع قلنا بكراهة البيع ويروى اردد اي استرده وقد اوعد عليه اي اوعد النبي عليه الصلاة والسلام من لا يرحم بالتفريق بقوله من فرق بين والدة الحديث ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح اي المنع عن التفريق معلول بها لكن بشرط ان يكون كلاهما او احدهما صغيرا لما ذكر بعد هذا من تفريق النبي عليه الصلاة والسلام بين امتين كبيرتين فعلم بهذا ان اطلاق قوله ثم المنع معلول الى آخره مقيد بالصغر في الكل او في البعض **فان قلت** لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق ابدا عند وجود هذه العلة وقد جاز التفريق في سبعة مواضع مع وجود هذه العلة وان كان احدهما صغيرا ايضا وذلك اما ان نقول في حق تلك المواضع تخصيص العلة وهو غير جائز عند عامة مشايخنا او نقول بفساد الكل وهو غير جائز عند الكل اما المواضع فالاول ما اذا صار احد المملوكين وهما ذو رحم محرم في ملكه الى حال لا يمكن للمولى بيعه فلا باس بان يبيع الذي هو محل البيع وان حصل فيه التفريق وان يرتد احدهما او استولدان كانت امة والثاني انه اذا جنى احدهما جناية في بني آدم فلا باس بان يدفع المولى للجناية فيهما وان حصل فيه التفريق مع ان المولى مخير بين الدفع والفداء في الجناية وكذلك اذا استهلك احدهما مال انسان فانه يباع فيه مع ان للمولى ولاية المنع عن البيع باداء قيمته والثالث ان الحربي الذي له مملوكان صغيران وهما ذو رحم محرم يبيع احدهما يجوز للمسلم ان يشتريه وفي المواضع الذي يكره التفريق بالبيع للبايع يكره للمشتري شراءه ايضا فههنا لا يكره شراؤه وان لزم فيه التفريق والرابع انه لو كان ثلاثة اخوة في ملك رجل واحد صغير والآخران كبيران يجوز له ان يبيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم فيه تفريق احد المملوكين واحدهما صغير والخامس انه لو اشتراهما جميعا لنفسه ثم وجد باحدهما عيبا كان له ان يرده ويمسك الباقي هذا هو ظاهر الرواية مع لزوم التفريق باختيار والسادس انه يجوز ان يكاتب احدهما او يعتق على مال او على غير مال وفيه اخراج عن ملكه فكان فيه تفريق باعتبار الاخراج والسابع انه اذا كان في ملك رجل امة ولها ولد صغير مراهق يجوز له ان يبيع الصغير باحسانه ورضا امه والمسايل من المبسوط والايضاح وشرح الطحاوي **قلت** نقول في هذه المواضع كما نقول في الصورة التي يدعي فيها تخصيص العلة من يجوزه فنقول المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح لكن هذه العلة تعدم عند وجود علة اقوى منها فكان تخلف الحكم هناك لانعدام علتنا هذه عند عامة مشايخنا وعند من يجوز تخصيص العلة كانت هذه العلة موجودة الا انها لم تعمل لوجود علة اقوى منها فكان فيه تخصيص هذه العلة فنبين بتوفيق الله تعالى ذكرنا العلة التي هي مقدمة هذه العلة او هي اقوى من هذه تعمل بالاقوى في هذه المواضع بطريق التفصيل اما الاول فانه لما لم يمكن بيع احدهما لمعنى شرعي ثم لو منعناه عن بيع الاخر لحق المولى الضرر فيه ونحن انما لا نبيع التفريق بينهما مع ان الدليل يقتضي جواز التفريق لما انه تصرف في ملكه يلزم نوع ضرر بالمملوك وذلك انما تصرف في ملكه يلزم نوع ضرر فيه قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فعند تعارض الضررين حمل بقاء الضرر الى جانب المولى اولى من الحمل الى جانب المملوك لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه وكذلك نقول في جواب الثاني فانا لو الزمنا الفداء على المولى بدون اختياره بسبب نفي ضرر التفريق عن الصغير لتضرر المولى وليس من شرط دفع الضرر عن شخص الحاق الضرر بغيره واما الجواب عن الثالث فانا انما لم نجوز التفريق لئلا يتضرر الصغير وهو لم يجوز شرا المسلم منه عند بيع احدهما يذهب الحربي بهما الى دار الحرب وضرر نشأته في دار الحرب ثابت في الدنيا والآخرة اما في الدنيا فمعرضة الاسر والقتل لان الظاهر من نشو في حال الصغر بينهم كان على دينهم وفيه ذلك واما ضرر الآخرة فظاهر واما الرابع فان منع التفريق لحق الصغير وحقه مرعي اذا كان معه احد الكبيرين فانه يستانس به ويقوم الكبير بحوائجه فلذلك لم يكن ببيع الآخر باس عملا بالدليل الذي هو قيام الملك فان قيام الملك مطلق لجميع التصرفات مع ان فيه رواية عن ابي يوسف رحمه الله انه يكره ايضا واما الجواب عن الخامس فهو الجواب عن الثاني لان هذا تفريق بحق مستحق في احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين وذلك لان المثبت لحق الرد له

[redacted]

باب الاقالة

[redacted]

هو العيب وهو مقصود على المعيب حقيقة وحكما فلا يتمكن به من رد الاخر بعد تمام الصفقة فلزم جواز التفريق
ضرورة عدم جواز رد غير المعيب لما ان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه والتفريق مكروه فيما فيه
الكراهة والاحتراز عن الحرام اوجب من الاحتراز عن المكروه واما السادس فان الاعتاق هو عين الجمع باجل
الوجوه لا التفريق وذلك لان المعتق والمكاتب صار لحق بنفسه يدور هو حيثما دار اخوه وسعا هذا يؤمن
على ما اراد والاعتبار لحروجه عن ملكه بعدما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جمع مع زيادة وصف
وهي استفادة بنفسه واما السابع فان ما هو المذكور من الجواب فيه اختيار بعض المشايخ ووجهه ان المنع
عن التفريق للاحتراز عن الصورة بهما فلما رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز وهذا كله مما اشارت اليه
تلك الكتب التي عددتها في السؤال حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كالرضاع والمصاهرة فانه لو كان امه
وابنها من الرضاع او كان صبيا وامراة ابيه يجوز التفريق بينهما ولا قريب غير محرم كاولاد الاعمام والعمات
والخالات لان النص ورد على خلاف القياس لان القياس يقتضي ان يجوز التفريق لان المالك يتصرف في
ملكه كيف يشاء من الجمع والتفريق كما كانا كبيرين وكما في غير بني ادم **فان قلت** هذا الذي ذكره
من دعوى خلاف القياس يخالف لما ذكر قبله من المعنى المعقول ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير
الى الحرج فلما ورد هذا النص موافقا للمعنى المعقول كيف يصح الدعوى بعد ذلك انه مخالف للقياس **قلت**
الشارع موصوف بالحكمة ومن الحكمة هو ان لا يناقض حجة والعقل حجة شرعية كالنص فلا بد ان يكون
ورود النص موافقا للمعنى المعقول الا انا ما لم ندرك حقيقة في نص معنى معقولا اولم يبد ذكره من حيث
الظاهر الذي هو مستحق بدليل القياس لخصوصه فيما سمينا نصا ورد خلاف القياس الا ترى انا نقول ان
حدث القهقهة في نقض الطهارة ورد مخالفا للقياس وان كان فيه معنى معقول في نقض الطهارة
من وجه اخر وهو ان الصلاة مناجاة الرب وهو اعلى المقامات للعبد فلما صدر منه فعل هو معصية
في مثل هذا المقام ينبئ عن الغفلة جوزي بمنع مقصوده من المضي على الصلاة بتلك الطهارة فاوجب
نقض الطهارة لذلك ولذلك نقول ان حديث بقاء الصوم في اكل الناسي ورد خلاف القياس وان كان
فيه معنى معقول وهو ان كتاب الله تعالى يوجب فساد الصوم اذا ترك الامام مختارا لان الله تعالى
امرنا بذلك بقوله ثم اتموا الصيام الى الليل والامام هو ان لا يترك الصوم مختارا وهذا ليس مختارا بل
هو محمول عليه من جانب من له الحق لانه لا يقدر على ان لا ينسى فعلى هذا كان بقاء صوم الناسي معقولا وكذلك
نقول في نص السلم انه ورد على خلاف القياس وان كان شرعه لاجل دفع الحاجة وانه بيع المفاليس وشرعه
لاجل الحاجة معنى معقول وان كان معدوما في الحال وكذلك في عامة ما ورد من النصوص خلاف القياس
علم بهذا ان مطلق وجود المعنى لا يدل على ان يكون النص معقول المعنى بل كان النص مخالفا للقياس لمخالفته
الدليل الظاهر ههنا كذلك لان المملوكين الصغيرين ملكه والملك عبارة عن المطلق الحاجز والعمل
الظاهر يقتضي ان يكون تصرفه فيه بالجمع والتفريق كما يجوز تصرفه في ساير الاملاك سوى العبيد والاماء
وفيهما ايضا في الكبيرين فلما ورد النص بالحجر عن التفريق في الصغيرين سمي النص نصا خلاف القياس لمخالفته
الدليل الظاهر وان كان فيه معنى معقول من وجه اخر كما في النظاير حتى لو كان احد الصغيرين له وللاخر
لغيره لا باس ببيع واحد منهما اعتبارا التفريق الملك حقيقة ثم ذكر العين مطلقا في قوله وللاخر لغيره
ليتناول جميع من هو غير المالك سوا كان ذلك الغير ابنا صغيرا له او كبيرا او هما في مؤنته او لا سوا كان
زوجته او مكاتبه فانه ذكر في شرح الطحاوي وان كان احدهما في ملكه والاخر في ملك ولده الصغير
وهو يملك بيعهما جميعا فلا باس بان يبيع احدهما لانهما لم يجتمعا في ملك مالك واحد فلم يكره بيع احدهما
فيما اذا كان احدهما في ملك ولده الصغير او زوجته فلان لا يكره بيع احدهما فيما اذا كان احد المملوكين
في ملك الاخر وان كان الصغير اقرب فيه بالطريق الاولى ثم كما يجوز بيع احدهما اذا كان احد المملوكين
في ملكه والاخر في ملك ولده الصغير كذلك لا يجوز في صغيرين ايضا بان اجتمع اخوان في ملك رجل لا ينبغي
له ان يبيع احدهما من صغير له في عياله لان هذا تفريق بينهما في البيع والملك كذا في المبسوط ولو كان
التفريق بحق مستحق لا باس به اي بالتفريق كدفع احدهما بالجناية وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال
اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى كذا في الايضاح وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة الولاد وعلى هذه الرواية فرق بين القرابات لقوة الولاد وضعف

القرابة

ترى انا جعلناه بيعا في حق الثالث **قلنا** ان اللفظ لا يحتمل البيع البتة لتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يحتمل مجازا عن ضده فاما في حق ثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع في حقه ولكن لما ثبت حكم البيع بهذا اللفظ وهو حصول الملك للبايع بدلك اظهرنا هذا الموجب في حق ثالث فاما في حقهما فاللفظ اذا امكن اعتباره حقيقة ولا يصلح مجازا عن البيع لغا في نفسه كذا في الايضاح وذكر في الفوائد الظهيرية ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقالة رفع وفسخ والعقد اثبات وتحقيق فكانت بينهما منافاة فلا يمكن ان يستعار احدهما للاخر والمجاز حيث ما يجوز انما يجوز باعتبار اشتراكهما في معنى يوجد فيهما بيانه ان الشجاع يسمى اسدا لاشتراكهما في معنى الشجاعة لان لكل منهما شجاعة فامكن القول بجواز المجاز وفيما نحن فيه تعذر القول به لتعري كل واحد منهما عن معنى هذا اشارة الى التنافي والتدافع واما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عما استدل به ابو يوسف رحمه الله من احكام البيع في الاقالة على ان الاقالة بيع بدلالة وجود تلك الاحكام المخصوصة بالبيع قلنا الشارع يبدل الاحكام من حكم الى حكم كدم الاستحاضة حتى اخرجه عن حكم الحدث ولا تغير الحقائق وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان تعتبر وتثبت ضمنا للاقالة اما لا يخرج الاقالة عن الفسخية التي هي حقيقتها وكونه بيعا في حق الثالث الى اخره جواب سؤال يرد على قول ابي حنيفة رحمه الله فالجواب ان حكم البيع ثبت في حق الثالث لضرورة دفع الضرر عن الشفيع لان الضرر انما يلحقه عند ثبوت الملك لاجنبي لا برضاه الشفيع والاقالة مثبتة للملك والشارع اثبت الشفعة عند ثبوت الملك لان لفظ الاقالة يثبت البيع لما ان حقيقة الاقالة وهي الفسخ قائم بهما لا بعد وهما لا ولاية لهما على الثالث لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع حيث يبطل البيع بالشروط الفاسدة **فان قلت** ما الفرق بين الشروط الفاسدة وبين اشتراط قبول الاقالة في المجلس حيث اعتبرت الاقالة بالبيع في حق اشتراط قبول الاقالة في المجلس ولم يعتبر في حق الشروط حيث لم تفسد الاقالة بالشروط الفاسدة **قلت** الفرق بينهما هو ان الاقالة لا تصح بدون القبول كالبيع والقيام عن المجلس دليل الاعراض والرد فلا يصح بعد القيام عن المجلس لذلك وهذا لان الاقالة وان كانت ضد البيع ولكن في حق ارتباط احد اللفظين بالاخر فهو نظيره فاعتبرت به لكونها نظيرة له في ذلك للحكم على ما قلنا واما الشرط الفاسد اذا وجد في العقد صار العقد به ربا لان الزيادة يمكن اثباتها في هذا العقد فاما الاقالة فرفع ما كان ودفع ما كان زائدا على ما كان لا يتصور فلذلك لم يؤثر الشرط الفاسد في الاقالة الى هذا اشار في الايضاح او نقول ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربا لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الربا فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر شبهة الشبهة في صحة البيع ثم هذا الذي ذكره بان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهو قول ابي حنيفة واما عند ابي يوسف رحمه الله فانها تبطل بالشروط الفاسدة لان الاقالة عنده بيع فتفسد هي كما تفسد ساير البياعات حتى لو اشترى امة بالف درهم وعبدا بالف درهم كل واحد منهما في صفقة على حدة وتقابضا ثم اصطلحا على ان اقالة البيع في الامة على ان يرد زيادة مائة درهم في ثمن العبد لم تجز الزيادة لانه اوجب له هذه الزيادة عوضا عن الاقالة في الامة والاعتياض عن الاقالة لا يصح وجازت الاقالة في قول ابي حنيفة رحمه الله لان الاقالة عنده فسخ فلا تبطل بالشرط الفاسد وعند ابي يوسف رحمه الله لا تجوز الاقالة لان الاقالة عنده بيع فتبطل بالشرط الفاسد اما لا يمكن اثباتها في الرفع اي اثبات الزيادة في الاقالة فيلغو ذكر الزيادة لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله من غير زيادة ولا نقصان لان في الفسخ على الزيادة يلزم رفع ما لم يكن ثابتا وفي الفسخ على النقصان يلزم رفع عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكانت الاحالة على السواد فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الاقالة الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب صورته هذه المسائل الثلاث ما اذا كانت السلعة جارية اشتراها بالف درهم وتقايلا العقد فيها بالف درهم فعلى قوله صحت الاقالة وان

فان قيل [illegible]

قلنا [illegible]

فان قيل [illegible]

تقايلا بألف وخمسمائة صحت الاقالة بألف ويلغو ذكر الخمسمائة لان في الالف وخمسمائة ذكر الالف فيمكن
تصحيح الاقالة بالالف بالغاء الزيادة وان تقايلا بخمسمائة فان كانت الجارية قائمة في يد المشتري على حالها
لم يدخلها عيب صحت الاقالة بالف ويلغو ذكر الخمسمائة فيجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها
عيب تصير اقالة بخمسمائة ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع
جاز ان يحتبس عند البائع بعض الثمن بعض مشايخنا قالوا تاويل المسألة ان يكون حصة العيب خمسمائة او اقل
او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا في الذخيرة لانه هو الاصل اي لان البيع
هو الاصل عنده بخلاف ما اذا زاد حيث يجعل بيعا عند محمد لانه اذا امكن جعلها فسخا يجعل بيعا
عنده وفيما اذا سمى اكثر من الثمن الاول او جنسا آخر بعد دخولها فسخا لان الفسخ يكون بالثمن الاول
فيجعل بيعا صيانة لكلامه عن الالغاء اما في الاقل امكن جعله فسخا لانه لو سكت عن جميع الثمن صحت الاقالة
فكذا اذا سكت عن البعض وكذا اذا تقايلا بالثمن مؤجل يصح الاقالة والاجل لغو كذا ذكره الامام قاضي خان
رحمه الله فهو فسخ بالاقل لما قلنا اشارة الى قوله لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ويجعل التسمية
لغوا لان الاقالة لا يمكن جعلها بيعا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بيع لما بينا اما عند ابي يوسف رحمه الله
فما ذكر ان البيع هو الاصل عنده واما عند محمد رحمه الله فهو ما ذكر انه فسخ عنده الا اذا تعذر جعله فسخا
فيجعل بيعا وهاهنا تعذر جعله فسخا لان الفسخ انما يكون بالثمن الاول وهاهنا وقعت الاقالة بغير
جنس الثمن الاول فيجعل بيعا عنده ايضا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابي
حنيفة رحمه الله وهذا اذا ولدت بعد القبض واما اذا ولدت قبل القبض فالاقالة صحيحة عنده
وحاصله ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة
متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ
منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يعد صحيحا فسخا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا
للشرع وابو حنيفة رحمه الله لا يصحح الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة
عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة سقط لان حقه في الزيادة
وقد وجد الرضا لما تقايلا فامكن تصحيحه فسخا عنده كذا في الذخيرة وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة
وهلاك المبيع يمنع منها **فان قلت** يشكل هذا بما اذا كان رأس مال السلم عوضا معينا كالعبد
والثوب فهلك في يد المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم فالاقالة جائزة مع ان رأس المال عرض معين
والمسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه ولا نعني بالمبيع سوى انه معين لا يجوز الاستبدال به وبالثمن انه
غير معين يجب في الذمة فعلم بهذا ان الاقالة بعد هلاك المبيع صحيحة **قلت** ذكر في المبسوط
انما جازت الاقالة هناك بعد هلاك رأس مال السلم الذي هو معين لان السلم بمنزلة بيع المقايضة
لان المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله واذا انفسخت الاقالة فعليه
رد قيمة رأس المال لتعذر رد العين وهو قائم مقامه اي البيع قائم بالمبيع دون الثمن **فان قلت**
من اين وقع هذا التفاوت بين المبيع والثمن مع انهما مالان ويشترط ذكرهما في حال انعقاد البيع
على السواء **قلت** لان للمبيع فضل مزية على الثمن فان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين حقيقة وحكما
والثمن دين حقيقة وحكما ان لم يكن مشارا اليه وان كان مشارا اليه فحكما الا ترى ان المبيع لا يتعلق بعين
المشار اليه وانما يتعلق بمثله دينا في الذمة ولهذا جاز الاستبدال به قبل القبض والدين في الذمة
مال حكما وليس بمال حقيقة ولهذا قالوا ان البراءة عن الدين يصح من غير قبول كالطلاق والعتاق ويرتد
بالرد لانه مال حكما وهبة الدين لا يصح من غير قبول ولا يتأدى زكوة العين بالدين لان الدين انقص من
العين فصار مؤديا الكامل بالناقص وكذلك قالوا فيمن حلف وقال مالي صدقة في المساكين وله
ديون على الناس لا يدخل تحت مطلق اسم المال من غير نية لانه ناقص في كونه مالا واذا كان للمبيع ضرب
مزية على الثمن لا بد من اظهار مزيته وقد تعذر اظهار مزية المبيع على الثمن في حق انعقاد البيع لانه
لا بد لانعقاد البيع من ثمن ومثمن فاظهرنا مزيته في حق البقاء فجعلنا بقاء العقد مضافا الى قيام المبيع
حتى يظهر فضله على الثمن في حالة البقاء فجعلنا قيام البيع حكما كله مضافا الى المبيع دون الثمن فاذا هلك

البيع

المبيع ارتفع البيع لذلك وان تقايضت الدراهم والدنانير كذا في الذخيرة ولو تقايضا [illegible]
من جهة المشتري اي عقد بيع المقايضة وهو بيع عرض بعرض يجوز الاقالة بعد هلاك احدهما
اي اذا تبايعا عبدا بجارية ثم هلك العبد في يد بائع الجارية ثم تقايلا البيع في الجارية يجوز وعلى
مشتريه قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما ولا تبطل الاقالة بعد وجودها بهلاك احدهما
يعني لو هلك احدهما بعد الاقالة لا تبطل الاقالة اما لو كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما
وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة كذا في شرح الطحاوي **فان قلت**
ما الفرق بين البيع والاقالة حيث لا يبقى البيع اذا هلك احد العوضين في بيع المقايضة قبل القبض
او كان احدهما هالكا وقت البيع لا يصح البيع [illegible] الاقالة [illegible] البيع
من حيث الحكم بانه ذكر في شرح الطحاوي ولو باع عرضا بعرض [illegible]
[illegible] **قلت** [illegible] الاقالة وان
كان لها حكم البيع ولكن [illegible] احد العوضين [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
لذلك [illegible] **فان قلت** ما الفرق بين التقابض والتصارف [illegible] هلاك البدلين جميعا في بيع الصرف
غير مانع للاقالة وفي التقابض مانع مع ان كل واحد من العقدين اعني التقابض والتصارف [illegible]
من العوضين [illegible] المبيع والثمن [illegible]
[illegible] **قلت** [illegible]
[illegible] لان المعقود عليه في التصارف [illegible]
[illegible] ولكن [illegible]
فلا يكون هلاك [illegible] صحة الاقالة وان كان في العوضين جميعا لانه لما كانت الاقالة
لا تتعلق باعيانهما [illegible] بخلاف بيع العروض بالعروض لانهما
[illegible] الاقالة باعيانهما [illegible] المعقود عليه ولا بد
لقيام العقد سواء كان بيعا او اقالة من قيام المعقود عليه ولم يبق المعقود عليه اصلا بهلاك
العرضين [illegible] في بيع الصرف بعد هلاك البدلين على ما قلنا [illegible] الاقالة [illegible]
به عن المستقبل [illegible] **قلت** [illegible]
[illegible] لما ان الاقالة لا تكون الا بعقد [illegible] فلا تكون [illegible]
مساومة [illegible] كما في النكاح [illegible] البيع هذا كله من المبسوط والذخيرة

باب المرابحة والتولية

لما ذكر انواع البيوع التي ترجع الى جانب المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة والخيارات ولحقها باحكام
ما يرفعها شرع في بيان انواع البيوع التي احكامها الى جانب الثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف
وقدم تلك الانواع لبيان اصالة المبيع وما يتعلق به في احكام البيع ثم اعلم ان انواع البياعات
بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة اربعة المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق
والوضيعة وهي البيع بنقصان من الثمن الاول والمرابحة والتولية وانما قيدنا بقولنا بحسب الثمن
الذي يذكر بمقابلة السلعة احترازا عن بيع الصرف لانا لو قلنا البياعات بالاضافة الى ذكر الثمن
يدخل ذلك ثم اسم المرابحة لما ذكر من التفسير ظاهر واما التولية فهي ان يجعله [illegible]
البائع كانه يجعل المشتري واليا لما اشتراه **قوله** رحمه الله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول
بالثمن الاول مع زيادة ربح **فان قلت** هذا التعريف غير مستقيم لما طلب منه لان في كل واحد

شئ والذكا محمود وحدة الفؤاد وقد ذكى الرجل بالكسر يذكى ذكا فهو ذكى كذا في الصحاح قبيل
العقل مثقال وثلثاه التعالي **قوله** رحمه الله ويطيب بالنصب للعطف على ان يعتمد وقوله
ولهذا كان مبناهما على الامانة ايضاح لقوله ان يعتمد وقوله والاحتراز عطف على الاول على وجه
التاكيد لان الاحتراز عن الخيانة تستفاد بقوله مبناهما على الامانة لكن لما كان مبنى المرابحة والتولية
على شدة الاستقصا في الاحتراز عن الخيانة احتاج الى ذكر زيادة تاكيدات بقوله كان مبناهما
على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن
الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن وكان فيه
شبهة عدم المماثلة كما لم يجز بيع المجازفة في الاموال الربوية لان زيادة الفضل حقيقة حرام
فيها فكذلك شبهة ثبوت الفضل في الاموال الربوية حرام ايضا كما اذا باع صبرة حنطة بصبرة
حنطة مجازفة وان كان فيه احتمال المساواة وهو المعنى بشبهة الفضل فكان حراما لحقيقة
الفضل فلذلك هاهنا كما حرم حقيقة الخيانة بان كان قوله على خلاف ما اشتراه من تقدير الثمن وهو
عالم به يحرم شبهة الخيانة ايضا كما اذا اراد بيع المرابحة او التولية فيما ملكه بثمن من ذوات
ن القيم لان وزنه هناك انما يعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة الخيانة باعتبار احتمال ان يكون
الثمن الثاني مثل الثمن الاول حتى يتمكن فيه من بيع المرابحة والتولية وقيل كما حرم حرم ما
يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه الا ترى ان الخمر حرام وما يشبهه وهو الباذق والمنصف ايضا
حرام ثم عبادة الصنم حرام ولو صلى وبين يديه صورة تكره صلاته ووقع التفاوت بينهما من الحرمة
والكراهة باعتبار قلة المشابهة وذكر في التحفة والاصل في بيع المرابحة انه مبنى على الامانة فانه
بيع بالثمن الاول بقول البائع من غير بينة ولا استحلاف فيجب صيانته عن حقيقة الخيانة وشبهتها
فاذا ظهرت الخيانة يجب رده كالشاهد يجب قبول ردة فاذا ظهرت الخيانة يرد **قوله**
رحمه الله كذا هنا ثم صور الاحتراز عن شبهة الخيانة في المرابحة كثيرة فانه اذا اشترى شيئا بثمن
مؤجل لا يبيعه مرابحة من غير بيان لان الاجل معنى يزاد في الثمن لاجله فكان فيه شبهة الاعتياض
عن الاجل ولو باعه مرابحة يصير كانه اشترى شيئين بثمن فباع احدهما مرابحة على جميع الثمن
فكان فيه شبهة الخيانة وكذا لو اشترى ثوبين فباع احدهما مرابحة على حصته من الثمن لا يجوز لان
حصة احدهما من الثمن لا تعرف الا بالحزر والظن ويجري فيه الغلط وكذلك لو كان على رجل عشرة
دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على عشرة وان كانت قيمة الثوب عشرة دراهم
لان الصلح مبناه على التجوز ولو وجد الحط حقيقة لا يبيع مرابحة فكذا اذا امكنت الشبهة ومآل
ذلك الا الاعتبار ان مبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن حقيقة الخيانة وشبهة الخيانة الى هذا
اشار الامام قاضي خان رحمه الله **فان قلت** يشكل على هذا مواضع لم يحترز فيها عن شبهة الخيانة
وجازت المرابحة منها انه اذا اشترى جارية فاعورت في يد المشتري فان له ان يبيعها مرابحة
على جميع الثمن من غير بيان ومنها انه اذا اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة
من غير بيان ولا شك ان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلتزم له ربحا
على ذلك بالمرتين بعد ما تعيب ومنها انه اذا وهب الثوب المشتراه بعشرة لانسان ثم رجع فيه
فله ان يبيعه مرابحة على عشرة من غير بيان مع ان اختلاف الاسباب ينزل منزلة اختلاف
الاعيان فكان ينبغي ان لا يجوز المرابحة وان بين وان جاز كان ينبغي ان لا تسقط عدم اشتراط
ع البيان **قلت** اما المسالتان المتقدمتان فنذكر جوابهما في الكتاب واما الثالثة فان العين بالرجوع
الى قديم ملكه سوا رجع بقضا او بغير قضا وصار كان السبب لم يوجد وهذا لان تغير الوصف
في العين انما يشترط بيانه اذا كان في سترة شبهة الخيانة وهذا ليس كذلك لان الخيانة انما تكون
ان لو كان لها تاثير في نقصان الثمن وليس للرجوع بعد الهبة تاثير في نقصان الثمن فلا تكون فيه
الخيانة ولا شبهتها ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل اي حتى يكون الثمن
في البيع الاول مما له مثل كالمكيلات والموزونات لانه لو كان الثمن من ذوات القيم لو اشتراه منه
بالمرابحة او بالتولية لاشتراه بقيمة ذلك الحيوان اذ لا يمكن رد عينه لانه ليس هو ملكه ولذا رد

[illegible]

عن النبي لذلك اذا لم يعرفه وفلان هي على بعيل اذا كان قليل الفطنة وهو من الواو كما في

مثو

[illegible]

مثله لانه لا رد مثله فتعتبر القيمة والقيمة مجهولة تعرف بالحزر والظن فيمكن شبهة الخيانة فيحترز
عنها فلذلك اشترط كون الثمن الاول مما له مثل ولو كان المشتري مرابحة ممن يملك ذلك البدل فقوله
ممن يملك متعلق بالمشتري وقوله مرابحة نصب على التمييز وكشف هذا الكلام هو انه اذا كان الثمن الاول
مما لا مثل له واراد المشتري ان يبيع ما ملكه بالثمن الذي لا مثل له مرابحة فالحال لا يخلو اما ان يبيعه مرابحة
من المشتري الذي لا يملك ذلك البدل فان باعه مرابحة من الذي لا يملك ذلك البدل فالبيع فاسد لانه
اذا لم يكن من ذوات الامثال لو انعقد العقد لانعقد بالقيمة وهي مجهولة وان كان الذي اشتراه مرابحة
يملك ذلك البدل فهذا على وجهين اما ان قال ابيعك مرابحة بالثوب الذي في يدك وربح عشرة دراهم
جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهي معلومة وان قال ابيعك بربح ده يازده فانه لا يجوز لان
تسمية ربح ده يازده او احد عشر يقتضي ان يكون الربح من جنس راس المال لانه لا يكون احد عشر الا ان يكون
الحادي عشر من جنس العشرة فحينئذ صار كانه باع بالثمن الذي هو الثوب وبجزء من جنس الثمن الاول والثوب
لا مثل له من جنسه فيصير العقد منعقدا براس المال وببعض قيمته وهذا لا يجوز كذا في الايضاح والتحفة
معنى قوله ده يازده اي ربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح بزيادة
درهمين وان كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم وكان معنى قوله ده يازده اي درهم زائد على عشرة فنذكر
صورة لمشابهته لزيادة كشف في الكلام **فنقول** صورته رجل اشترى عبدا بثوب وملك
ذلك الثوب غيره بسبب من الاسباب وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب
وربح درهم او شيء من المكيل موصوف جاز وكان البائع بيع مرابحة هو المشتري الاول الذي اشترى عبدا
وبيع المرابحة هاهنا جائز وان لم يكن الثمن وهو الثوب من ذوات الامثال لانه يقدر على تسليم ربح
درهم وليست المرابحة الا نقل ما ملكه فلا يجوز شراؤه باعه من الذي ملك الثوب او ممن لا يملك لان هذا
اللفظ وهو ربح ده يازده انما يستعمل فيما اذا قام له السلعة بعشرة يبيعها باحد عشر من جنس ذلك
الثمن الذي اشترى السلعة به والثمن هاهنا وهو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم
فيصير بائع العبد حينئذ بايعا للعبد بذلك الثوب وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب وللجزء الحادي
عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز وهذا المعنى فيمن يملك ما لك الثوب وغيره وهذا المعنى صرح
في شرح الطحاوي فقال لا يجوز هذا سواء باعه بهذا اللفظ من الذي عنده الثمن وهو الثوب هاهنا
او من غيره لان الربح هاهنا يقتضي ان يكون من جنس الثمن فصار كانه باعه من ذلك الثمن وبجزء منه
من احد عشر جزءا منه وهو ليس بمثلي وذلك مجهول لانه لا مثل له وفي الفصل الاول اي في قوله وقد
باعه بربح درهم ممن يملك ذلك الثمن ما سمى الربح من ذلك الثمن المعلوم وهو الثوب بل سمى درهما فيجوز
اعلم ان هاهنا مسالة تدل على ان الربح على الثمن الاول لا يقتضي ان يكون الربح من جنس الثمن الاول
وربح ده يازده يقتضي ان يكون الربح من ربح ذلك الثمن فيها يتضح مسالة ربح ده يازده زيادة ايضاح
وهي ان من اشترى من رجل عبدا بالف درهم بخسة نقد بيت المال وقبضه ثم باعه مرابحة عليها بربح مائة
درهم فان المائة الربح تكون من نقد البلد لا من جنس الثمن ومثله لو باعه مرابحة بربح عشرة احد عشر
فان الربح يكون من البخسة لا يكون من نقد البلد ثبت ان هذا يقتضي ان يكون الربح من جنسه كذا في شرح
الطحاوي وذكر في الايضاح ايضا ان من اشترى ثوبا بعشرة خلاف نقد البلد فباعه بربح درهم
فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان مثل الثمن الاول متعين في العقد الثاني والربح
مطلق فينصرف الربح الى نقد البلد فان نسب الربح الى راس المال فقال ابيعك بربح العشرة او ده يازده
فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ثم اعلم ان من باع المتاع مرابحة كان الثمن
هو الذي ملك المبيع به بالعقد دون ما نقد بيانه انه اذا اشترى ثوبا بعشرة فاعطى بها دينارا او
ثوبا فراس المال العشرة لانها هي الثمن والدينار ملك بعقد اخر ولم يعتبر ولا يقول اشتريته بكذا
كيلا يكون كاذبا فانه ما اشتراه بذلك واذا قال قام علي بكذا فهو صادق في ذلك لان الشيء انما يقوم
عليه بما يقوم فيه وقد غرم فيه العدد المسمى **فان قلت** هل يجد في مسائل المرابحة صورة لا يصح
ان يقول فيها اشتريته بكذا ولا يصح ايضا فيها ان يقول قام علي بكذا ومع ذلك يصح بيع المرابحة
قلت نعم وهي مسالة البيع بالرقم فانه اذا اشترى الرجل متاعا ثم رقمه باكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة

كذا

لا يستقل لا يستغني بملك الرقبة فكان تفيد اصحيحا وهذا لان البيع ماخوذ من مد الباع سمي بيعا لان
كل واحد منهما بعد البيع يمد باعه الى ما في يد صاحبه والبيع موجود هنا على هذا الوجه كذا في الفوائد
الظهيرية مع انه اشترى ماله بماله اي مع ان رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه لما فيه من استفادة ولاية به
التصرف لانه بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه فبالشراء عن المضارب
تحصل له ولاية التصرف وذكر الامام التمرتاشي لو صار مال المضاربة جارية فليس لرب المال ان يطاها وان لم
يكن فيها ربح لان للمضارب حق التصرف الا يرى ان رب المال لا يملك منعه واحالة الى الايضاح والانعقاد بيع الفا
الا يرى انه اذا اجمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في شرائه لفائدة
انقسام الثمن بمرجح فلذلك هاهنا يجوز البيع بين رب المال ومضاربه لفائدة انقسام الثمن بمرجح اسقاط
ولاية التصرف ففيه شبهة العدم اي ففي هذا البيع شبهة عدم الجواز لما ذكرنا من التعليل زفر رحمه الله الا يرى
انه وكيل عنه اي ان المضارب وكيل عن رب المال وهذا لايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب لما
كان وكيلا عنه وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع من الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه بل يبيعها مرابحة
ولا يبين اي لا يقول انها كانت سليمة فاعورت في يدي وكذا الكذب في الوطي لان الاوصاف تابعة لا يقابلها
الثمن **فان قيل** كان اعضا المبيع للمبيع وصف فكذلك الاجل في البيع وصف للثمن يقال ثمن مؤجل وثمن حال
كما يقال مبيع سليم ومبيع معيب فكذلك لم يجب بيان تلك الاوصاف في بيع المرابحة وجب بيان وصف
الاجل فيه على ما ياتي **قلنا** جوابه ايضا ياتي هناك وهو ان الاجل وان كان وصفا لكن له قسط من الثمن
على ما ياتي وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن **فان قيل** لا نسلم بل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء
والجزء اذا قصد اتلافه كان له قسط من الثمن والدليل على ما قلنا انه لو اشترى جارية فوطئها ثم وجد
بها عيبا لا يتمكن من الرد وان كانت هي ثيبا من الشرى وذلك باعتبار ان المشتري من الوطي بمنزلة احتباس المنفوذ
جزء المبيع عند المشتري **قلنا** عدم جواز الرد بالعيب لا باعتبار ما ذكرت لما ان ذلك تصرف في ملك نفسه
وذلك امتنعه من الرد بمعنى آخر وهو انه لو ردها بلا عقر واما ان يردها مع العقر احترازا عن الوطي مجانا او من غير
عقر او وجه الى الاول لانه يعود اليه الجارية كما خرجت من يده وزيادة بالفسخ والفسخ انما يرد على ما ورد عليه
العقد والعقد لم يرد الزيادة فلا يرد الفسخ عليها ولا وجه الى الثاني لان الجارية تعود الى قديم ملك البائع
ويسلم للمشتري الوطي بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع في الهبة والموهوب جارية
لقد ما وطئها الموهوب له يصح الرجوع ولا يلزم الموهوب له شي لان الاصل وهو الجارية يسلم للموهوب له
بلا عوض فيجوز له ان يسلم له وطيها بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبايع زيادة
متولدة من العين او شي وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطي كذا في الفوائد الظهيرية وهو
قول الشافعي وهو ايضا قول زفر رحمه الله لكنهما مختلفان في التخريج فعند زفر رحمه الله انما يجب البيان باعتبار
ان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب بما سمي من الثمن لم يربح له ربحا على ذلك ما لم يبين بعد ما تعيب واما
الشافعي فيقول بوجوب البيان بناء على مذهبه بان للاوصاف من الثمن حصة وان التعيب بافة سماوية
وبصنع من العباد فيه سواء عنده ولكنا نقول بان المشتري عن حابس شيئا من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه
مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لان الفايت وصف فيكون تبعا لا يقابله شي من البدل اذا فات من غير صنع
احد واما البدل كله بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة وفي نوادر هشام ذكر محمد رحمه
الله هذا اذا انقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه العيب قدر ما لا يتغابن الناس فيه لم يجز بيعه مرابحة
كذا في المبسوط واما اذا فقاعينها بنفسه اي المشتري فقاعين الجارية بنفسه وفي بعض النسخ قلنا مقام
قوله واما فعل ذلك التقدير كان جوابا لقول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله ثم لما خص فقا المشتري وفقا
الاجنبي لان الجارية لو فقات عين نفسها فهو كما لو تعيبت بافة سماوية فصار بمنزلة الاعور الذي ذكر حكمه
بانه لا يجب البيان في بيع المرابحة كذا ذكر في المبسوط قال وكذلك ان تعيبت بفعل المبيع بنفسه لانه هدر
بعد ما ذكر حكم التعيب بافة سماوية من اعورار الخادم وعينه بانه لا يجب البيان او فقاها اجنبي فاخذ ارشها
كان ذكر اخذ الارش وقع اتفاقا فانه لما فقا الاجنبي يجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لان
الارش فاخذ حكمه الا يرى انه لو فقا المشتري يجب عليه البيان مع انه لا يجب عليه الضمان لكن وجوب الضمان
فيه تقديري فان ثبوت الملك منعه عن وجوب الضمان الحقيقي وهاهنا يجب الضمان حقيقة فاولى ان يجب

[illegible]

عليه البيان لان الوصف الجامع في وجوب البيان عليه هو التعيّب مقصودًا بصنع من العباد وهو موجود في
فعل الاجنبي وان لم يوجد منه الارش بعد والدليل على هذا اطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرّض لاخذ
الارش حيث قال وان تعيّب بفعل المشتري او بفعل اجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبيّن لانه حابس جزءًا من المبيع بما احدث
فيه من العيب وما يكون بفعل الاجنبي فهو مقصود بالتناول كان له حصة من الثمن ثم قال ولذلك ان عيبه اجنبي
بامر المشتري او بغير امره فان فعله بامر المشتري فهو كفعل المشتري بنفسه وبغير امره جناية موجبة ضمان
النقصان عليه فيكون المشتري كالبائع بدل جزء من المعقود عليه وذلك يمنعه من بيع المرابحة حتى يبيّن فان باعه
ولم يبيّن كان للمشتري رده اذا علم به ثم ذكر في المبسوط مسائل لا بد من ذكرها لاحتياج هذه المتفرعات اليها
وقال وان لم يصبه عيب ولكنه اصاب من غلة الدار اي انتفع بها او الدابة او الخادم شيئًا فله ان يبيع المشتري
مرابحة ولا يرد غلتها وهذا لانه انفق عليها وربما كان الثمن للمنفعة واذا ولدت الجارية او السائمة او اثمر
النخل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئًا من المعقود عليه وان نقصها الولادة فهو نقصان
بغير فعل احد وبازائه ما يجبر وهو الولد وفي مثل هذا النقصان له ان يبيعه مرابحة وان لم يبع الاصل
مرابحة حتى يبيّن ما اصاب ذلك لان ما استهلكه متولد من العين ولو استهلك جزءًا من عينها لم يبعها مرابحة
من غير بيان فكذلك اذا استهلك ما تولد من العين وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها اذا اصاب
من ذلك شيئًا فلا يبيع الاصل مرابحة حتى يبيّن ما اصاب منها لان ما اصاب في حكم جزء من عينها وعند الشافعي
رحمه الله له ان يبيعها مرابحة بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة
الغلة حتى لا يمنع رد الاصل بالعيب وان كان انفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصلحها فلا بأس بان
يبيعها مرابحة من غير بيان لان حصول الزيادة له باعتبار ما انفق عليها ما يساوي ذلك من ماله والغنم
مقابل بالغرم وقرض فار وقرض الثوب بالمقراض قطعه وذكر في الفوائد الظهيرية فاصابه قرض فار
والقرض بالقاف معجمة من فوقها بواحدة نص على هذا صدر الاسلام ابو اليسر وعنى بالقاف والمعنى ما سناه
اي في هاتين الصورتين في حق قرض فار وفي حق الثوب الذي تكسّر اما في حق قرض فار فهو قوله
لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن واما في حق تكسر الثوب بنشره فهو قوله لانه صار مقصودًا بالاتلاف
ومن اشترى غلامًا بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبيّن فعلم المشتري ان شاء رده وان شاء قبل
ولم يذكر هاهنا وجوب البيان صريحًا في بيع المرابحة انه اشتراه نسيئة ولكن ذكر في المبسوط فقال واذا
اشترى شيئًا بنسيئة فليس له ان يبيعه مرابحة حتى يبيّن انه اشتراه بالنسيئة وذكر صدر الاسلام في
الجامع الصغير فقال رجل اشترى من رجل غلامًا بالف درهم نسيئة فباعه بربح درهم ولم يبيّن الى اجل
ثم قال وهذا يدل على انه ليس له ان يبيعه مرابحة ما لم يبيّن وانما كان هذا هكذا لان الدين المؤجل في معنى
الناوي ولهذا المعنى اذا اشهد شاهدان على رجل بتاجيل الدين وقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان
ذلك الدين لان الدين المؤجل غير منتفع به فيصير من وجه كانه ملك هذا الشيء بلا ثمن فلا يكون له
ان يبيعه مرابحة ولان المشتري لو علم بذلك عسى لا يرضى بشرائه بذلك الثمن الذي اشتريه بائعه
فصلا عن المرابحة فلا يجوز البيع ما لم يبيّن لان الاجل يشبه بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل فان
قلت وهذا لا يكفي لوجوب البيان فان التجار يشترون الغلام الذي هو سليم بازيد في الثمن من
الغلام الذي هو ناقص الاعضاء ومع ذلك اذا فاتت اعضاؤه بآفة سماوية في يد المشتري لم يجب
عليه البيان في بيع المرابحة بان كان سليم الاطراف حين اشتراه على ما ذكر آنفًا بقوله ومن اشترى جارية
فاعورت يبيعها مرابحة ولا يبيّن ولا شك انها اذا لم تعور يزيد التجار ثمنها من الثمن الذي يشترونها
به في وقت الاعورار قلت لا كلام في زيادة الثمن باتفاق الحال من غير شرط في سليم الاعضاء انما
يزاد الثمن بهذا الطريق لا يعني من غير شرط فانهم لا يقولون زدت هذا المقدار من الثمن لسلامة يده او رجله
او عينه انما يقولون ان اجّلتني بكذا من المدة فثمنه كذا فانا انقصًا ازيد من ثمنه هذا المقدار فثبتت زيادة الثمن
في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وذكر في المبسوط توضيحه ان المؤجل انقص في المالية
من الحال ولهذا احرم الشرع النساء عند وجود احد الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكمًا فاذا باعه وكتم
ذلك فالمشتري بالخيار اذا علم للتدليس الموجود للبائع لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن اي حقيقة وبه
صرح الامام قاضي خان رحمه الله كيلا يلزم التناقض بما ذكر قبله بقوله الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل

فكان

وما لا فلا كذا في الايضاح والاجارة قيل على هذا الاختلاف وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح
لان المنافع بمنزلة المنقولة والاجارة تمليك المنافع فتمنع جوازها كذلك كذا في الفوايد الظهيرية
ومن اشترى مكيلا كالحنطة والشعير مكايلة اي بشرط الكيل بان قال اشتريت هذا الطعام على انه عشرة
اقفزة او موزونا كالحديد والدهن موازنة اي بشرط الوزن بان قال اشتريت هذا الطعام الحديد
على انه عشرة امنا وقبضه لا يجوز له ان يتصرف فيه قبل الكيل او الوزن بان قال اشتريت لنهي النبي عليه
الصلاة والسلام عن بيع الطعام الحديث ثم في قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة قيود يقع بها الاحتراز
عن مسائل اخر فقيد بالاشترا لانه اذا ملك مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او وصية جاز له ان يملك ان
يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل وقد يكون المكيل والموزون مبيعا حتى قال ومن اشترى مكيلا
فانه اذا كان ثمنا يجوز التصرف فيه وان كان معينا عندنا على ما يجي متصلا بهذه المسألة وقيد بكونه
مكايلة او موازنة لانه اذا باع المكيل او الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل بالبيع
او بالاكل او بغيرهما على ما يجي الى هذا اشار في الايضاح والجامع الصغير لقاضي خان رحمة الله فاذا كاله
او وزنه اكاله لنفسه ووزن لنفسه ثم باعه مكايلة او موازنة اذ ثم باع المشتري بشرط الكيل ايضا
ما اشتراه من المكيل بشرط الكيل لم يجز للمشتري منه اي لم يجز للمشتري الثاني من الاول ان يبيعه حتى يعيد
الكيل لنفسه كما كان كذلك الحكم في حق المشتري الاول فان اكاله لنفسه حين اشتراه لم يكتف بذلك
الكيل الثاني وان كان ذلك الكيل بحضرة المشتري الثاني فلذلك ذكر قوله في الكتاب ثم باعه مكايلة
او موازنة ليتحقق فيه اشتراط الكيلين وحاصله ان ما اذا كان البيع والشراء مرتين في المكيلات
بشرط الكيل لا بد ان يكون الكيل مرتين عملا بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري وهذا الذي قلته انما يتكشف ويتضح تمام الانكشاف
والايضاح بما ذكره الامام المحقق ظهير الدين المرغيناني رحمه الله في فوايده فقال لما المكيلات فهو على
اقسام ثلاثة منها ما يحتاج الى الكيل مرتين وهو المسلم على ما يجي ان شاء الله تعالى وبيع العين بان باع مكيلا
مكايلة بعدما اشتراه مكايلة يحتاج فيه الى الكيلين ولا يكتفي المشتري بكيل البايع لنفسه وان كان بحضرته
للحديث الذي ذكرنا وما يحتاج فيه الى صاع البايع وصاع المشتري انما يكون فيما اذا كان شراؤه بشرط
الكيل ثم بيعه من غيره بشرط الكيل وانما كان كذلك لان الكيل من تمام القبض فيما بيع مكايلة
واصل القبض شرط لجواز التصرف في المبيع فيكون تمام القبض ايضا وذلك لان القدر معقود عليه
فيما بيع مكايلة الا ترى انه يلزمه رد الزيادة اذا ازداد وينقص من الثمن حصة ما انتقص والقدر
غير متعين قبل الكيل لتوهم الزيادة والنقصان ولا ينوب قبض المشتري الاول عن قبض المشتري الثاني
وان كان بحضرته فكذا الكيل الذي هو من تمام القبض ومن صور المكيلات ما يكتفي فيه بكيل واحد
وهو القسم الثاني وهو ما اذا اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة واستفادها زراعة او ارثا او استقرض
حنطة على انها كر تمرا او فاعارت السلم او باعها مكايلة واحتيج فيه الى كيل واحد وهو كيل المشتري
او كيل البايع بحضرة المشتري وانما احتيج الى كيل واحد لاباحة التصرف لان الكيل شرط لجواز التصرف
فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار وانما يكتفي به لان الكيل غير محتاج اليه فيما اشتراه
مجازفة لان البيع وقع على المشار اليه دون مقدار بعينه ولذلك فيما استفاده زراعة او ارثا
ولذلك فيما استفاده قرضا بشرط الكيل وان كان الاستقراض تملكا بعوض فكان كالشرا الا انه شرى
صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان
تملكا بغير عوض حكما ومن صور المكيلات مما لا يحتاج فيه الى الكيل اصلا وهو القسم الثالث وهو
ما اذا اشترى حنطة مجازفة وقبضها ثم باعها مجازفة لانه لا حاجة هنا الى تعيين المقدار بالكيل
واما اذا ملك المكيل ثمنا على انه كر فقبضه ثم تصرف فيه قبل الكيل جاز لان الكيل من تمام القبض
والقبض اصلا ليس بشرط في الاثمان فكذلك لا يشترط ما كان من تمامه ولو اشتراها مكايلة
ثم باعها من غيره مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لما قلناه وفي نوادر
ابن سماعة قال يجوز بخلاف ما اذا باعه مجازفة وقبضه المشتري حيث يجوز للمشتري ان يتصرف فيه
قبل الكيل والوزن لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه

[illegible]

قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

فان قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

فان قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

خلاف العددي اي الكيل ولو كان البائع بعد البيع بحضرة المشتري قبل لا يكتفي به لظاهر الحديث وذكر
الامام قاضي خان رحمه الله فان كان البائع كاله قبل البيع بحضرة المشتري او عند غيبوبته لا يكتفي به
لما ذكرنا ان المشتري لم يملك الا مقدارا واحتمال الزيادة والنقصان ثابت وان كاله بعد البيع بحضرة
المشتري قال بعضهم يحتاج الى الكيل ثانيا لظاهر النص وقال بعضهم لا يشترط وهو الصحيح لان سبب
وجوب الكيل هو البيع بشرط الكيل ولم يوجد الا بيع واحد فبالكيل الواحد صار المبيع معلوما عند
المشتري وقد ذكرنا ان الحديث محمول على ما اذا وجد عقدان بشرط الكيل **قلت** وبما ذكر الامام قاضي
خان والامام المرغيناني رحمهما الله نعلم ان اشتراط الكيلين فيما اذا وجد العقدين بشرط الكيل كما هو مقتضى
لفظ الكتاب في اول المسالة ايضا وهو قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله
او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه حتى يعيد الكيل ثم ذكر في اخر هذه
المسالة في الكتاب بقوله والصحيح انه يكتفي به اي بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسالة
فيما اذا وجد عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفا بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في
العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان كل واحد منهما بشرط الكيل فالاكتفا بالكيل
الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل جواب المسالة فيه الكيلان لا غير على ما نصصنا الصحيح من
الرواية واما على قول من تمسك بظاهر الحديث في تلك الصورة اعني صورة وجود العقدين لكل واحد
منهما بشرط الكيل فيجب اربع من الكيل لان كل واحد من العقدين عقد بشرط الكيل ومن باع مكيلا
مكايلة اي بشرط الكيل فعند من تمسك بظاهر الحديث فيه كيلان فاذا وجد عقدان بذلك الوصف
كان في كل واحد منهما كيلان فكان فيهما اربع من الكيل لا محالة فعلى هذا التقرير الذي ذكرت يلزم
في لفظ الكتاب في وضع اول المسالة هذا الحكم وفي اخرها نوع تناقض اللهم الا ان يريد بما ذكر
في اخر المسالة بقوله والصحيح انه يكتفي به احد البيعين وهو البيع الثاني دون الاول لما انه
لم يذكر في اول المسالة لفظ البيع الاول واحتمل المقصود فيه البيع الثاني وفي جهة اخرى
ذلك الحكم وحمل البيع المفهوم من قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة على مطلق البيع فبما ذكرنا من الحكم
في اخر المسالة ودل عليه قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في السلم فعلم بهذا انه
انكر اجتماع الصفقتين هنا بهذا اللفظ وليس ذلك الا بان يحمل الصفقة الاولى على مطلق البيع لا
على صورة ما احاله الى باب السلم بقوله على ما نبين في باب السلم هي قوله في باب السلم ومن اسلم
في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امره
بقبضه له ثم بقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل
فلا بد من الكيل مرتين وهذا هو محمل الحديث ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى
عنهما اي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وحاصل ذلك ان الاموال في هذا النوع من العقد
ثلاثة مقدرات مثل الكيلي والوزني وعدديات متقاربة ومذروعات فالتصرف في ذلك كله
قبل القبض باطل وان اشتراه بشرط كيل او وزن او عدد او ذرع وقبضه فلا يجوز التصرف
في المكيل والموزون قبل الكيل والوزن لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان الحديث والنهي عن البيع يدل على الفساد اذا كان لمعنى في البيع وهو جهالة
المبيع وقبضه واما في المذروعات فان البيع جائز بعد القبض قبل الذرع سواء اشترى مجازفة او على
انه عشرة اذرع لان المشتري يملك الموضع المشار اليه وان كان درعا فيه الزيادة لان الذرع صفة الا ترى
انه لو ذرع فازداد شيئا لم يرد شيئا ولو انتقص لم يرجع بشيء فلم يكن في ذلك جهالة واما في العدديات
فانه اذا اشترى المعدود مجازفة وقبضه جاز له التصرف قبل العد لما ذكرنا في المكيل والوزني
وان اشتراه على انه كذا وقبضه فباعه او تصرف فيه تصرفا اخر قبل العد ولم يذكر هذا في الكتاب
وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز وهو اختيار الكرخي وعنه في رواية اخرى انه يجوز في العدديات
ولا يجوز في المكيلات لان العددي يلحق بالمذروع ولابي حنيفة رحمه الله ان التصرف في المكيل والموزون
حرام قبل الكيل لاختلاط المبيع بغير المبيع والاختلاط ها هنا موجود الا ترى ان من اشترى جوزا على
انها الف فوجدها الفا سلم له الزيادة ولو كان اقل من الف يسترد حصة النقصان من البائع فاذا

اشتركا

حتى لا يجوز للورثة ان يبطلوا الموصى له بالاسترداد وقيل السنة كما في الوصية بالخدمة والسكنى حتى يصح
الوصية فيهما و يلزم تنفيذه فكذلك في الاقراض والجامع بينهما معنى التبرع بالمنافع [illegible]
في شرح الطحاوي رحمه الله ولكن حاصل ذلك ما ذكره في الكتاب وذكر في شرح الاقطع ولو شرط الاجل
في هذا القرض بطل الشرط وصح القرض وكذا اذا اشترطه في الثاني والله اعلم بالصواب والمرجع

باب الربا

لما ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى فابتغوا من فضل الله ذكر في هذا الباب
انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا [illegible] الربا وقد سبق
مرارا ان النهي يعقب الامر [illegible]

[illegible]

كتاب البيوع و مراده ثبت فيما يحل و يحرم [illegible]
الكتاب بحديث رواه عن ابي حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنهم عن رسول
الله عليه الصلاة والسلام قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة
مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وكذا عد الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح
على هذا الطريق وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على ستة
نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية [illegible]
رضي الله عنهم مع اختلاف الفاظهم كذا في المبسوط والايضاح **قوله** الربا في كل مكيل

[illegible]

والجواز يحصل بذلك دليل عرس توقفا من الشرائط ومقدمات فلذلك فيما بينا وكذلك هاهنا
فلما توقف امر حل تناول هذه الاشيا في المبايعات الى مقدمات من اشتراط التقابض والمماثلة بالاتفاق
وجب ان تعلل بعلة تناسب خطرها وهي الطعم والثمنية كما في النكاح لما عظم امر الفروج توقف حل تناوله
الى شرائط ومقدمات خصوصا على اصله من عبارات الرجال وحضور الولي والشهود ولا اثر للجنسية في ذلك
فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط وهذا الدفع شبهة ترد على جعله الطعم والثمنية علة بان يقال
كما ان الطعم والثمنية موجودان في هذه الاشيا الستة فالجنسية ايضا موجودة مع الجنسية في هذه الاشيا
فلم لم تجعل الجنسية علة كما جعلها خصومك احد وصفي علة الربا مع مشاركة الجنسية للطعم والثمنية فيما
بينا من وجودهما في هذه الاشيا ودوران حكم الربا معهما فاجاب عنه بهذا وقال نعم كذلك الا ان العلة هي الوصف
الذي له اثر في استجلاب ذلك الحكم المحتاج الدوران لان الحكم قد يدور مع الشرط كالرجم يدور مع الاحصان
في الزنا مع ان الزنا علة والاحصان شرط وانما الاعتبار للتأثير وقد وجدت التأثير للطعم والثمنية
لا للجنسية فلذلك جعلناهما علة لا الجنسية الى هذا اشار في المبسوط في تقرير قوله فنقول هاهنا
المعنى الذي ينبئ عن الخطر في الذهب والفضة الثمنية لانهما خلقا لذلك وبالثمنية صون الاموال والمعنى
الذي ينبئ عن زيادة الخطر في الاشيا الاربعة الطعم لان بالطعم حياة النفوس فعرفنا ان العلة الموجبة
لهذين الشرطين وهما المساواة واليد باليد الطعم والثمنية فلذلك جعلنا الجنسية شرطا لا علة
لان الحكم يدور مع الشرط وجودا وعدما كما يدور مع العلة لكن الفرق بينهما بالتأثير واذا لم يكن في
الجنسية ما ينبئ عن زيادة الخطر ولا يثبت الحكم الا عند وجوده جعلناه شرطا لا علة انه اوجب المماثلة
شرطا اي الحديث اوجب المماثلة شرطا لما ذكرنا ان تقدير قوله عليه الصلاة والسلام مثل بمثل
اي بيعوا التماثل بالتماثل فكان منصوبا على الحال والاحوال شروط كما في قوله انت طالق اذا دخلت راكبة
لا تطلق اذا دخلت غير راكبة وهو المقصود بسوقه اي والمماثلة هي المقصودة بسوق الحديث لكن
ذكر الضمير الراجع الى المماثلة هاهنا لانه مبتدأ فاتصف بصفة خبره وهو المقصود اذ هو ينبئ عن العقد
اي البيع ينبئ عن التقابل لان البيع مقابلة المال بالمال وذلك لان التقابل يحصل بالتماثل لانه
لو كان احدهما انقص عن الاخر لا يحصل التقابل من كل وجه فتكون المماثلة شرطا لاجل تحقق معنى
البيع الذي هو التقابل او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين لو كان انقص من الاخر
ويعد ذلك بيعا لكان فيه اضاعة فضل ما لغبن له فضل في ماله فلذلك كانت المماثلة شرطا
لصيانة الاموال عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني في الذهب والفضة
اشترط التماثل بالقبض فانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض لتحقق المماثلة فكان تتميم الفائدة
فيه باتصال التسليم بالتماثل اي بعد كون كل واحد منهما مثلا للاخر يجب ان يتصل التسليم بالتماثل
حتى يتم فائدة العقد ويحتمل ان يكون معناه عاما في الاموال كلها اي لو لم يكن كل واحد منهما مماثلا
للاخر لا يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا
في حق الاخر واذا كان مثلا للاخر يكون نفعا في حقهما فيكون الفائدة وهي ثبوت الملك ام بعد القبض لانه
يكون نفعا في حقهما جميعا بخلاف ما اذا كان احدهما انقص من الاخر نحو ما يلزم عند قوله اي فوت الشرط
وهو المماثلة والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا
من بر من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى فلذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة
لا معنى ولا يعتبر الوصف وهو ان يكون احدهما اجود من الاخر فان الجودة ساقطة العبرة عند المقابلة
بجنسها وذكر في الايضاح فاذا استوى الذاتان صورة ومعنى يتساويا في المالية والفضل من حيث الجودة
ساقطة العبرة في المكيلات والموزونات لان التفاوت في ذلك قليل وهذا يرجع الى العرف فان الناس
لا يعدون التفاوت في المكيلات والموزونات الا من باب السير وهذا يصير محروفه وقدر المالية الى الكيل
دون بيان الاوصاف اولان في اعتبار سد باب البياعات لان الحنطة لا تكون مثلا لحنطة اخرى من
كل وجه لا محالة والتسبيل في مثلها الاطلاق اي التسبيل في مثل الاشيا التي يتعلق بها وجود المنافع التوسعة
والاطلاق لا التضييق فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانس وسائر الحيوانات ايما كان الاحتياج
اليها اكثر كان امرها في الوجود واطلاق الشرع فيها اوسع فاعتبر بالهواء والماء وعلف الدواب واللباس

والجص والسكر والرتاق ولا شك ان احتياج المخلوقين الى الهوا اكثر من احتياجهم الى الماء فكذلك فيما بعدهما
على الترتيب واذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق والسنة الالهية في مثله التوسعة تعليلا
بفساد الوضع اذ علته تقتضي ما يضاد وضعه في الحكم ان المعنى كايجاب الفرقة باسلام احد الزوجين والاسلام
عهد عاصما للاملاك لا معرفا فاسناد الفرقة الى الاسلام كان فاسدا في وضعه وهنا كذلك فعلم هذا
ان قوله معلل بعلة تناسب اظهار الخطر الى آخره كان فاسدا في مخرجه بل كان ذلك سائر حكم خطر [illegible]
وذكر في المبسوط في جواب قوله هذا ولان الطعم عبارة عن اعظم وجوه الانتفاع بالمال وكذلك الثمنية
فانها تنبئ عن شدة الحاجة اليه وتاثير الحاجة في الاباحة لا في الحرمة كتناول الميتة يحل باعتبار الضرورة
ولا معنى لما قال ان الشرع ما حرم البيع في هذه الاموال الا بشرطين فان الشرع ما حرم في هذه الاموال الا
ما حرم في ساير الاموال وهو الفضل الخالي عن المقابلة وهذا لان هذه الاموال بدليله كساير الاموال
حتى يجوز تناولها بدون الملك بالاباحة وبالملك بغير عوض وهو الهبة بخلاف البضع فانه مصون عن
الابتذال ملحق بالنفوس فيجوز ان يشترط في النكاح زيادة شرط لاظهار خطر المحل والذي قال المعقود
اي المساواة علة للخلاص قلنا لا كذلك فقد بينا ان جواز البيع في هذه الاموال اصل حيث تفسد
انما تفسد لوجود العلة المفسدة فاما الجواز فباعتبار الاصل لا باعتبار المخلص وان كان هذا مخلصا
فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الربا في حالة الفضل والشيء الواحد يتضمن حكمين في محلين كالنكاح
تثبت الحل في المنكوحة والحرمة في امها واما جعلنا القدر مخلصا لان الخلاص عن الربا بالمساواة في القدر
وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن واما قلنا ان الجواز اصل في الاموال الربوية لان النبي عليه الصلاة
والسلام قال الحنطة بالحنطة مثلا بمثل فقد اوجب المماثلة لجواز العقد ثم جعل الفضل بعد تلك المماثلة
ربا بقوله والفضل ربا وفي الحديث الآخر قال لا تبيعوا الربا بالربا الا سواء بسواء وبالاجماع المراد المساواة
في الكيل عرفنا ان المراد اشتراط المماثلة لجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عن
ما وراء المستثنى فيكون المعنى فساد البيع عند عدم المماثلة التي هي واحدة واذا ثبت ان الحكم وجوب المماثلة
ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله فعرفنا ان المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا اصلا
والحفنة والتفاحة لا تقبل هذه المماثلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا فكانت باقية تحت قوله تعالى
واحل الله البيع فيحل بيعها وان تفاضلا هذا على طريق التغليب فان المراد منه وان تفاضل احدهما على
الآخر ثم لما ذكر جواز البيع في المكيل والموزون عند المماثلة بالمعيار الشرعي لزمنا الجواز فيما لا يدخل
تحت المعيار الشرعي سواء كان ذلك في المكيل او في الموزون فلذلك قلنا بجواز بيع الحفنة بالحفنتين او بالحفنة
وجواز بيع ما دون الحبة في الذهب والفضة وفي مختلفات العتابي رحمه الله وفي الذهب والفضة اذا كان
بحيث لا يدخل تحت الوزن كالذرة لا يثبت الفضل بين الحفنة والحفنتين وذكر في مبسوط شيخ الاسلام
رحمه الله في مسالة بيع الفلس بالفلسين ولهذا يجوز بيع الذرة بالذرة التي لا تدخل تحت الوزن كبيع الحفنة
بالحفنتين لاهدار التفاوت في الوصف بقوله جيدها ورديها سواء ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين الحفنة
ملء الكف والاختلاف بيننا وبين الشافعي غير منحصر في بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
بل الاختلاف ثابت في بيع الحفنة بالحفنة وبيع التفاحة بالتفاحة ايضا فعندنا يجوز فيهما جميعا وعنده
لا يجوز فيهما جميعا لوجود الطعم وعدم المسوي كذا في شرح الطحاوي رحمه الله ولهذا كان مضمونا بالقيمة
عند الاتلاف وهذا الايضاح ان الحفنة والحفنتين والتفاحة والتفاحتين لم يدخل تحت المعيار الشرعي
فلا يكون هي من المكيلات والموزونات والدليل على هذا وجوب القيمة عند الاتلاف لا امثالها فلو
كانت مكيلة وموزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات من ذوات الامثال لا من ذوات القيم
وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة اي يجوز بيع الواحد بالاثنين فيما لا يدخل تحت نصف الصاع
من المكيلات حتى انه لو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز
البيع ثم اعلم ان هاهنا دقيقة وهي ان الحنطة او كساير المكيلات يجوز بيعها فيما بين نصف صاع واما
اذا كان احد البدلين [illegible] من غير اعتبار التسوية فيما اذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف
صاع واما اذا كان احد البدلين لا يبلغ حد نصف الصاع والآخر يبلغ حد نصف الصاع او اكثر فبيع احدهما
بالآخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط وقال لو باع حفنة بقفيز لا يجوز والفقه فيه هو ان سقوط قيمة

للجودة

للجودة في الاموال الربوية باعتبار شرط تحقق المساواة وقد ذكرنا ان المساواة انما تكون بالكيل الشرعي
في المكيلات وكانت المساواة حينئذ باعتبار الذات ويظهر الفضل الخالي عند المقابلة فيكون الواحد
بالاثنين [illegible] الحفنة بالحفنتين لان كل واحد من البدلين هاهنا يقابل الآخر في البيع
من غير اعتبار المعيار وهو المسوي الشرعي بدون اعتبار الجودة [illegible] فلا يظهر الفضل الخالي عن
المقابلة [illegible]
[illegible] في الجودة [illegible] في القيمة وان [illegible] الذات فيجوز [illegible] لعدم الطعم [illegible]
واما [illegible] وهو ما اكل او شرب كالدهن والزيت [illegible] الا الاوزان
[illegible] جميعا [illegible] الاختلاف [illegible] لوجود الوزن [illegible]
لوجود الطعم واذا عدم الوصفان [illegible] التفاضل [illegible]
عدم الوصفين والعدم ليس بشيء [illegible] الحل والحرمة [illegible] فان قيل [illegible]
محال عقلا وشرعا [illegible] قلنا الاصل في البياعات الاباحة على ما ذكرنا [illegible]
[illegible] الدليل الوجودي الذي هو الاصل في الاباحة [illegible]
لان العدم [illegible] الحل [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الوزن [illegible]
[illegible] الكيل او الوزن والنسا [illegible]
[illegible] وحرمة النسا باحدهما حتى لو باع عبدا [illegible]
[illegible] النسا وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا [illegible]
له في هذا ان هذا العقد جمع بين بدلين لو قوبل كل واحد منهما [illegible]
[illegible] احدهما في الآخر [illegible] المروي [illegible]
[illegible] في المالية حقيقة اكثر تاثيرا من التفاوت في المالية حكما فاذا كان [illegible] في المالية في هذه الاموال
حقيقة لا اثر لها في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكما اولى [illegible] لما روي عن النبي عليه
الصلاة والسلام انه نهى عن بيع الحيوان نسيئة ولا حجة له في هذا [illegible]
نهيه عليه الصلاة والسلام عن الكالي بالكالي [illegible] عن بيع الحيوان نسيئة فانما
[illegible] في البدل خاصة ومطلق الكلام محمول على [illegible] اعتبار النسا
الفضل [illegible] على ان ربا النسا [illegible] بيع الحنطة بالشعير [illegible] لا يثبت ربا الفضل
لان اسلام الشيء في جنسه يؤدي الى اخلاء العقد عن الفائدة [illegible] الشيء الواحد عوضا ومعوضا
والفضل خال عن العوض مستحق بالبيع وذلك باطل بيانه اذا اسلم [illegible] في ثوب هروي فانه
فانه يلزم تسليم راس المال في الحال [illegible] اذا حل الاجل [illegible] المقبوض بحكم السلم وحكم
عين ما تناوله العقد [illegible] العقد لم يكن مفيدا شيئا [illegible] الثوب الواحد عوضا ومعوضا
واذا اسلم ثوبا هرويا في ثوب [illegible] لانه اذا حل الاجل اخذ ذلك الثوب بعينه
وثوبا آخر فالثوب الآخر يكون فضلا خاليا عن العوض مستحقا بالبيع وهو الربا بعينه كذا في المبسوط
قوله وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده [illegible] وليس المخصص من عنده زيادة فائدة فان عند
الشافعي كان الجنس بانفراده لا يحرم النسا [illegible] وليس للمخصص من عنده زيادة فائدة
وحاصله ان وجود احد وصفي الربا من الجنس والقدر لا يحرم النسا فان عنده اسلام الثوب الهروي في
الثوب الهروي يجوز وكذلك اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص
يجوز عند الشافعي [illegible] حرمة النسا في المطعومات فيقول التقابض شرط في بيع المطعوم بالمطعوم شرط جواز العقد
فيعدم الجواز لانعدام التقابض لا لكونه نسا قلنا هذا الحرف لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فان الصحابة
اتفقوا على حرمة النسا [illegible] اي اولى ان لا يكون [illegible] نظرا الى [illegible]
القدر الواحد وهو الكيل جمعهما كما في الحنطة مع الشعير بان كان احدهما نقدا والآخر نسيئة او الجنس اي

من يجوز تخصيص العلة الشرعية ولئن سلمنا فنقول به بل نقول انهما اتفقا في الوزن صورة لا معنى وحكما
فان الوزن في النقود لا يغاير الوزن في الزعفران فان الزعفران يوزن بالامنا ويكون مثمنا يتعين
في العقود والنقد يوزن بالصنجات ويكون ثمنا لا يتعين في العقد ومن حيث الحكم صفة الدين يلزم في
الزعفران حتى لو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له ان يتصرف فيه قبل ان يزنه فلما كان هذا الا نظير
الموزون مع المكيل فانهما استويا من حيث ان كل واحد منهما مقدر صورة ولكن لما اختلفا في المعنى والحكم
جوز اسلام احدهما في الآخر فكذلك النقود مع سائر الموزونات فلما علمنا ما هو المذكور في الكتابين جئنا
الى لفظ الكتاب والنقود توزن بالصنجات الصنجات سنك ترازو وصنجة الميزان معربة ولا يقال سنجة
بالسين عن ابن السكيت هكذا كان بخط الامام تاج الدين الزرنوجي رحمه الله وفي المغرب الصنجات بالتحريك
جمع صنجة بالتسكين وعن الفراء السين افصح وانكره القتبي اصلا ذكره في باب الصاد **قوله**
ولو باع بالنقود موازنة هكذا صح في متن الكتاب اي باع الزعفران واشباهه بالنقود وفي حاشية
الكتاب ولو باع النقود حل نسخة يعني باع النقود بالعروض من كتب شيخي رحمه الله في حاشية كتابه والمبسوط
كما ذكر في المتن وفي الايضاح كما اثبت في الحاشية وقبضها اي النقود وهي الدراهم والدنانير في الحكم ايضا وهو
عدم جواز التصرف في الزعفران قبل الوزن وجوازه في النقود قبل الوزن يعني انه اذا باع الزعفران بشرط
الوزن بان يقول بعت هذا الزعفران على انه من او منان وقبل المشتري ذلك ليس للمشتري ان يتصرف
فيه بالبيع ونحوه من غير اعادة الوزن كما في سائر السلع اما لو باع منا من الزعفران بالنقود المشار اليها
فقال المشتري اشتريت هذا الزعفران بهذه النقود المشار اليها بشرط انها خمسة دنانير او عشرة دنانير
وقبل البائع منه ذلك فللبائع ان يتصرف في تلك النقود بان يشتري بها شيئا او يتصرف فيها بوجه
آخر قبل اعادة الوزن في النقود فعلم بهذا انهما لم يتفقا حكما ايضا كما لم يتفقا في صورة الوزن على ما ذكر
فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما هذا على طريق اللف والنشر فان نظير الصورة ما ذكر اولا وكذا باقيه
على الترتيب لان نظير الصورة هو ما ذكره فان ذلك اي الزعفران يوزن بالامنا وهذا يوزن بالصنجات
فكانا مختلفين صورة وحكما فنزل الشبهة منه الى شبهة الشبهة يعني لو اتفق البدلان في الوزن من كل
وجه بل اختلف صورة ومعنى وحكما وهما ليسا من اموال الربا كان فيهما شبهة الربا في النسيئة كما لو اسلم
الحديد في القطن ولما لم يتفق البدلان هاهنا وهو ما اذا اسلم النقود في الزعفران في الوزن من كل وجه
بل اختلف صورة ومعنى وحكما كان اتفاق الوزن فيها شبهة الشبهة وهي غير معتبرة في المنع عن الجواز
على ما ذكرنا من تقرير الايضاح وذكر في الذخيرة اصلا آخر في هذا وقال ورد الشرع بان احد وصفي علة
الربا وهو الجنس او الوزن او الكيل في مثمنين او ثمنين حتى انه اذا اسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز
لوجود الكيل في مثمنين وكذا اذا اسلم الدراهم في الدراهم لا يجوز لوجود الوزن واذا اسلم الحديد في الزعفران
لا يجوز لوجود الوزن في مثمنين واذا اسلم الدراهم في الزعفران يجوز لانه لم يوجد الوزن في ثمنين او مثمنين
انما وجد في ثمن ومثمن **فان قلت** لما كان شرط عدم جواز السلم في الشئ اتحاد البدلين في الوزن
او في الكيل ينبغي ان يجوز اسلام الحنطة او الشعير في الدراهم او الدنانير حيث لم يجمعهما الكيل ولا الوزن
ومع ذلك لا يجوز سلما **قلت** اما كان هكذا الا ان الدراهم لا تصلح مسلما فيها وكذلك الدنانير لان المسلم
فيه مبيع والدراهم والدنانير متعينة للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع فقد قيل لا يجوز ت
وقال الطحاوي رحمه الله ينبغي ان يجوز البيع بثمن مؤجل كذا في الذخيرة فهو مكيل ابدا وان اتفقت الدر
عن اصحابنا ان ما ثبت كيله بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزنا وان تماثلا وزنا كالحنطة واشباهها
لان الشرع ورد فيها بالجواز بشرط التماثل في الكيل وقال في فتاوى سمرقند لو علم انهما تماثلا كيلا يجوز
كذا في الذخيرة لان النص اقوى من العرف لان العرف يحتمل ان يكون على الباطل واما النص بعد ثبوته فلا يحتمل ان
يكون على الباطل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا به وليس بحجة على من لم يتعارفوا به واما
النص فحجة على الكل لا بعادة لانه اي لان عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه عادات
الناس لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان النص على ذلك
لمكان العادة لان النص بالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان لمكان العادة فيه
فكان المنظور اليه العادة ايضا في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك لا يجوز عندهما

اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه يجوز الاسلام في الحنطة وزنا اي على ما هو اختيار الطحاوي
وفي المبسوط في اخر باب الاول من كتاب البيوع ولا خير في ان يبتاع حنطة بحنطة مجازفة وكذلك كل مكيل
او موزون لان المساواة في القدر شرط لجواز العقد فان تبايعا صبرة بصبرة مجازفة ثم كيلتا بعد
ذلك فكانتا متساويتين لم يجز العقد عندنا وقال زفر رحمه الله يجوز لان ما هو شرط الجواز وهو المماثلة
قد تبين انه كان موجودا وان لم يكن معلوما للمتعاقدين وحجتنا في ذلك ان المعتبر لجواز العقد العلم
بالمساواة عند العقد لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل متوهما وما هو موهوما كالمتحقق وهو موهوم الموجود يجعل
كالمتحقق فيما ينبني امره على الاحتياط ثم قال وكذلك لو باع الحنطة بالحنطة وزنا بوزن لا يجوز لان الحنطة
مكيلة فشرط الجواز فيها المماثلة في الكيل والمساواة في الوزن لا تعلم المماثلة في الكيل وهذا خلاف
ما لو اسلم في الحنطة وزنا فانه يجوز على ما ذكره الطحاوي لان المسلم فيه لا يعتبر المماثلة انما يعتبر الاعلام
على وجه لا يبقى بينهما منازعة في التسليم وذلك يحصل في الكيل وهذا خلاف ما لو اسلم في الحنطة
وزنا فانه يجوز على ما ذكره الطحاوي لان المسلم فيه لا يعتبر المماثلة انما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى
بينهما منازعة في التسليم وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وذكر في التتمة اذا اسلم
مكايلة فيما ثبت وزنه نصا او موازنة فيما ثبت كيله نصا ذكره في المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز
وروى الطحاوي عن اصحابنا انه يجوز فصار في هذا الفصل روايتان فان قلت هذا الذي ذكر
كله في الفرق بين الوزني او الكيلي نصا وبين كونه عادة في الجنسين المختلفين وهل يختلف الحكم
بين الوزني نصا وبين الوزني عادة في متحدي الجنس كما في اناءين مصوغين من جنس واحد احدهما
اكثر وزنا من الاخر وفي اناءين مصوغين من ذهب احدهما اكثر وزنا من الاخر وكذلك في الفضة في البيع
ام لا قلت نعم ففي الاول يجوز وفي الثاني لا لبيان ذلك فيما ذكره في المبسوط في الباب الاول من كتاب البيوع
فقال لا باس بان يبيع اناء مصوغا باناء مصوغ من نوعه يدا بيد وان كان اكثر منه بالوزن اذا كان ذلك
الاناء لا يباع وزنا لانه عددي متفاوت كالثياب وهذا بخلاف اواني الذهب والفضة فانه يجري فيه
ربا الفضل فان كانت لا تباع وزنا في العادة لان صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها
فلا تتغير ذلك بالصنعة ولا يخرج من ان يكون موزونا بالعادة فالعادة لا تعارض النص واما
الحديد والشبه وما اشبه ذلك فصفة الوزن ثابتة بالعرف فيخرج من ان يكون موزونا بالصنعة
بالعرف وبتعارف الناس بيع المصنوع منه عددا الرطل بالفتح والكسر لغة نصف منا المنا مقصورا
الذي يوزن به وهو افصح من المن وقال ابو عبيد الرطل زنته مائة درهم وثمانية وعشرون درهما ووزن
سبعة الاوقية بالسدس اربعون درهما وهي افعولة من الوقاية لانها تقي صاحبها من الضر وعند
الاطبا الاوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استار وثلثا استار والاستار في كتاب العين
الوقية وزن من او وزان الدهن وهي سبعة مثاقيل كذا في المغرب وذكر في الصحاح الاوقية في الحديث
اربعون درهما وكذا كان فيما مضى فاما اليوم فيما يتعارفه الناس ويقدر عليه الاطبا فالاوقية
عندهم وزن عشرة دراهم وخمسة اسباع درهم وهو استار وثلثا استار والجمع الاواقي مثل اثفية
واثافي وان شئت خففت الياء في الجمع والاواقي في الصحاح واقية وكل ما ينسب الى الرطل الى اخره وقال
الامام الاسبيجابي رحمه الله وفائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل الى اخره وقال الامام الاسبيجابي
رحمه الله بجنسه الى اخره متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وقوله بخلاف سائر
المكاييل متصل بقوله لانها قدرت بطريق الوزن حيث لم يقدر المكاييل بطريق الوزن فكان الاعتبار
في المكاييل للكيل كذلك حتى لو باع قفيز حنطة بقفيز حنطة ولا يدري قدر القفيز وزنا فانه يجوز
وذكر في المبسوط وكل شيء وقع عليه فهو كيل موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل
انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والصنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في
وعاء في وزن كل وعاء نوع حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا لعرفنا ان كل الرطل فهو موزون فيجوز
السلم فيه بذكر الوزن هاء وهاء وهاء بوزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه
اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه ها فيتقابضان والقصر خطا كذا في المغرب وما سواه
اي وما سوى جنس الاثمان مما فيه الربا كالحنطة بالحنطة خلافا للشافعي رحمه الله في بيع الطعام ذكر

لعظ

لفظ الطعام مطلقا لتناول كل مطعوم [illegible] الجنس وان كان باع كرحنطة بكر شعير او بكر
تمر فانه [illegible] يجوز العقد عندنا وعند الشافعي لا يجوز كما ذكره الامام [illegible]
[illegible] انه [illegible] ولا يشترط فيه القبض كالثوب فان قلت [illegible] الخصم
اشتراط القبض في [illegible] بيع الصرف [illegible] قوله عليه الصلاة والسلام [illegible]
هذا اللفظ [illegible] على اشتراط التعيين في بيع الطعام [illegible]
[illegible] معناه [illegible] ان المراد منه القبض [illegible] الطعام
كذلك [illegible] المشترك [illegible] الحقيقة والمجاز [illegible]
ارادة [illegible] قلت [illegible] المراد [illegible]
الا [illegible] كل موضع [illegible] بين التعيين لا يكون الا بالقبض [illegible]
[illegible] في العقود والفسوخ [illegible] القبض [illegible]
[illegible] التعيين [illegible] يكون القبض [illegible] الطعام [illegible] بالتعيين [illegible]
[illegible] ان يتوقف تعيينه [illegible] القبض [illegible] المشترك
[illegible] الحقيقة والمجاز فان قلت [illegible] بالتعيين [illegible] اشتراط [illegible]
[illegible] من باع اناء فضة باناء فضة او بانا ذهب [illegible] التقابض [illegible]
[illegible] بالتعيين [illegible] في كتاب الصرف [illegible] التعليل [illegible]
في بيع الطعام بالطعام [illegible] بالتعيين [illegible] القبض قلت [illegible]
[illegible] الاستقامة [illegible] فضة او [illegible]
بالتعيين [illegible] الصنعة [illegible] التعيين [illegible]
القبض اعتبارا للشبهة في الربا بخلاف الطعام [illegible] شبهة عدم التعيين
[illegible] التعيين [illegible] شبهة [illegible]
الصرف للتعيين [illegible] في المبسوط [illegible] القبض [illegible]
[illegible] العقد وانما يشترط التعيين [illegible] التعيين من شرط [illegible] الصلاة والسلام
عن الكالي بالكالي [illegible] العقود [illegible] اشتراط القبض [illegible]
في الصرف [illegible] القبض [illegible] التعيين [illegible]
كان [illegible] القبض [illegible] التعيين [illegible]
[illegible] القبض [illegible]
[illegible] المجلس [illegible] القبض [illegible]
[illegible] المجلس [illegible] القبض [illegible]
[illegible] العقد جائزا كما في بيع [illegible]
[illegible] موجودين [illegible]
[illegible] المجلس [illegible] الامام [illegible] فان قلت
[illegible] الواحد بالاثنين
[illegible] الناس [illegible]
[illegible] الربا [illegible]
الفلس بالفلسين [illegible] ان باع [illegible] بفلسين [illegible]
[illegible] الفلوس [illegible] الاصطلاح [illegible]
[illegible] فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد [illegible] الربا بعينه
وان باع فلسا بعينه بفلسين [illegible] لو جاز [illegible] الفلس [illegible]
[illegible] فلسين [illegible]
فلسين في ذمته فيكون الفلس الاخر خاليا عن العوض وكذلك لو باع فلسين باعيانهما بفلس
بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ثم دفع اليه احدهما مكان ما استوجب في ذمته فيبقى

المجانسة من كل وجه فانه قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل كيلا بكيل كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله تعالى
الانبار الكدس سدد معرب وجوشه واخ بدان مابد يقال الكبر النبي اكبارا اى اجمع وامتلاء وقولهم اجرا الروف
متخلخله اى في خلالها فرج لرخاوتها ولكونها مجوفة غير مكتنزة كذا في المغرب وبيع الدقيق بالدقيق متساويا
وكيلا على انهما حالان متداخلتان لان العامل في متساويا لفظ بيع والعامل في كيلا لفظ متساويا كقوله
تعالى ورايت الناس يدخلون في دين الله افواجا فقوله يدخلون العامل فيه قوله رايت وفي افواجا يدخلون
على الطريق وانما جاز البيع بينهما عند التساوي بالكيل لان المجانسة بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر
ثابت فبان المجانسة ظاهر واما بيان الاتفاق في القدر ان الدقيق كيلي فان الناس اعتادوا كيله بيعا ولهذا
جاز السلم فيه كيلا ويجوز بيعه في الذمة كيلا وكذا يجوز استقراضه كيلا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر
محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة ولا يجوز
بيع الدقيق بالمقلية اى الحنطة المقلية وهي المشوية يقال مقلية ومقلوة من قلى البر اذا شواه يقلي والثاني من
من قلا يقلو وما ذكر من الطعن على قول محمد رحمه الله كان ينبغي ان يقول حنطة مقلوة وحنطة غير مقلوة لا مقلية
جهل من الطاعن لانهما لغتان فصيحتان الى هذا اشار في المغرب وعندهما يجوز اي كيف ما كان متساويا
او متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد لانهما جنسان مختلفان فان الاسم مختلف والمقصود مختلف لانه يقصد
بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا اطرية منه ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلت بالسمن او العسل فيؤكل
كذلك او يشرب بالماء وكان التفاوت بينهما في المقصود اظهر من التفاوت في الهروي والمروي من الثياب وكذلك
كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقا والدقيق لا يصير سويقا فكان بمنزلة اتحاد الاصل
لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعاني وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز البيع متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق
قد يصير سويقا بان يرش عليه الماء ثم يقلى فيصير سويقا بعد ما يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة
بينهما لجواز العقد باعتبار المال ولابي حنيفة رحمه الله طريقان احدهما ان السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق
اجزاء حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز بحال فكذلك بيع الدقيق مع السويق والطريق
الاخر ان بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربا الفضل لا يثبت الا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين
الحنطة والسويق صورة فعرفنا المجانسة باعتبار ما في الضمن والذي في ضمن الحنطة دقيق فيثبت المجانسة
بين الدقيق والسويق بعد الطحن كما ثبت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما في الضمن قبل الطحن وليس
فيه اكثر من انه فات بعض المقاصد بالسويق ولا يختلف الجنس كالحنطة المقلية مع غير المقلية والعلكة
مع الجيدة والتي اكلها السوس فانها لا تصلح للزراعة والهريسة والكشك منها ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس
فكذلك الدقيق مع السويق الى هذا اشار في المبسوط علكة اي جيدة يقال حنطة علكة اي يتلزج ه
كالعلك من جودتها وصلابتها التلزج التمدد من غير انقطاع السوسة وهي دودة تقع في الصوف والثياب
والطعام ومنه قولهم حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة كذا في المغرب ثم ذكر بيع الحنطة المقلية
مع غير المقلية وبيع الدقيق بالمقلية في انه لا يجوز ولم يذكر بيع المقلية بالمقلية فاحكمه ذكر في الذخيرة
انه يجوز وقال واما بيع المقلية بالمقلية فيجوز اذا تساويا كيلا لان المجانسة بينهما قائمة من كل وجه ه
فيكتفي بجواز البيع بالمماثلة الحالية وذكر في المبسوط انه لا يجوز والله اعلم بصحته وقال محمد رحمه الله اذا
باعه بلحم من جنسه وهو ان يباع لحم الشاة بالشاة لانهما لو كانا مختلفين بان باع لحم البقر بالشاة وما
اشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة كما في بيع اللحمان المختلفة على ما يجي ثم قوله اذا
باعه بلحم من جنسه فيما اذا باع لحم الشاة بالشاة الحية وفيه خلاف محمد رحمه الله واما اذا كانت الشاة مذ بوحة
مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا والا فلا بالاتفاق واراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط ثم حاصل الخلا فيها
في المسالة المختلف فيها وهي بيع لحم الشاة بالشاة ان محمدا رحمه الله جعلهما جنسا واحدا والقياس معه لوجود
الجنسية بينهما باعتبار ما في الضمن كما في العصير مع العنب واللبن مع السمن وابو حنيفة وابو يوسف جعلاهما
جنسين مختلفين يجوز من غير اعتبار واما كونهما جنسين مختلفين عرفناه بالنص قال الله تعالى فكسونا
العظام لحما ثم انشاناه خلقا اخر اي بعد نفخ الروح فقد سماه خلقا اخر بعد نفخ الروح علمنا ان الحي جنس
اخر غير الجماد فكذلك جعلنا الشاة الحية مع اللحم جنسين نصا فيجوز بيع احدهما بالاخر من غير اعتبار كما اذا
باع لحم البقر بالشاة الى هذا اشار في الذخيرة ولما انه باع الموزون بما ليس بموزون وذكر في الذخيرة

المجانسة

[illegible]

ولما انه باع الموزون بما ليس بموزون وذكر في الذخيرة انهما اصلاهما جنسين مختلفين كما ذكرنا **فان**
قلت معنى كلام القدوري اغنى بيع الموزون بغير الموزون وبيع شيء بخلاف جنسه ينبغي ان يكون
بيع احدهما بالآخر نسيئة فقد ذكر في المبسوط انه لا يجوز نسيئة اجماعا فما وجهه **قلت** وجهه ما ذكر
فيه وقال ان كانت النسيئة في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كان في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما
لا يجوز ثم قال ولو كانت الشاتان مذبوحتين وقد سلختا اشتراهما بشاة مذبوحة لم تسلخ فهو جائز من غير
ذكر خلاف فوجهه ان المثل من لحم الشاة بمقابلة المثل من الشاتين والباقي من لحم الشاتين كان بازاء الجلد
والسقط فيجوز ذلك حتى اذا كانت ليس معها جلد كان ذلك فاسدا لان العقد اشتمل حينئذ على اللحم فقط من
الجانبين واللحم موزون فاذا وجدت الجنسية والوزن حرم التفاضل وسقط المتاع رداله واراد به هاهنا
ما هو الذي لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة من الجلد والكرش والامعاء والطحال او من حيث زيادة اللحم
بان قوبل اللحم بالسقط او لا لحل كهن التسميم عن مطيب التجبير نقل كل شيء نقص لا اذا اي لا يجوز على ذلك
العقد براي على تقدير النقصان بالجفاف ثم في قوله او ينقص اذا جف اشارة الى انه يشترط لجواز العقد
المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل في الحال واعتبار المماثلة
في اعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن ولانه لو كان تمرا الا انه
فان قيل ومن النظر الى هذا التردد ينبغي ان يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لا تخلو اما
ان كانت حنطة او لم تكن فان كانت حنطة فيجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة
وان لم تكن حنطة يجوز ايضا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم **قلنا**
هذا جواب جدلي لاجل دفع الخصم اما الجواب لابي حنيفة رحمه الله عن قوله او ينقص اذا جف فاطلاق النبي
عليه الصلاة والسلام اسم التمر على الرطب وذكر في المبسوط ودخل ابو حنيفة رحمه الله بغداد فسئل عن هذه
المسألة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لم يكن تمرا فان كان تمرا
جاز العقد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر وان لم يكن تمرا جاز لقوله عليه الصلاة والسلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش
وزيد بن ابي عياش ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك رحمه
الله لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن ابي عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام حسن في المناظرة
لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا الجواب ان يكون هاهنا قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة
لابي حنيفة رحمه الله الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل بمثل وقد بينا ان اسم
التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك وما يرد عليها من الاوصاف باعتبار
الاحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالآدمي يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبت ان الكل تمر اعتبر وجود
المماثلة حالة العقد على الصفة التي دخلت في العقد الى آخره **فان قيل** لو كان الرطب تمرا ينبغي ان
يحنث مما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل تمرا **قلنا** مبنى الايمان على العرف وفي العرف الرطب غير التمر واما
الجواب عن بيع الحنطة بالدقيق فان بالطحن تتفرق الاجزاء جزءا شاغلا للكيل فتبين بالتفاوت بينهما بعد
الطحن لم يكونا متساويين عند العقد وكذلك المقلية وغير المقلية فان بالقلي لا يتفاوت جرسا على
الكيل وانما تنعدم الطاقة التي كانت للحنطة بها منبتة ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا
ان هذا التفاوت كان موجودا عند العقد ثم صاحب الشرع اسقط اعتبار التفاوت في الجودة بقوله جيدها
ورديها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حتى شرط اليد باليد وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع
العباد والتفاوت بين النقد والنسيئة حادث بصنع العبد وهو اشتراط الاجل فصار هذا اصلا ان كل تفاوت
ينبني على صنع العباد فذلك مفسد للعقد وفي المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق التفاوت بهذه
الصفة وكل تفاوت ينبني على ما هو ثابت باصل الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار والتفاوت
بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يكون معتبرا كالتفاوت بين الجيد والرديء ثم تاويل الحديث الذي رواه
وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا اذا ان صح فيه ان السائل كان وصيا ليتيم فلم ير رسول الله عليه الصلاة
والسلام في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق
لا على طريق الاستحقاق لبيان فساد العقد وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بيع التمر

بالرطب

هذان الحلان جنسين جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلاً ولكن لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة لان
جمعهما قدر واحد وهو الوزن او الكيل كذا في المبسوط وشعر المعز وصوف الغنم جنسان **فان قلت**
يجب ان يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما في حق الالبان وفي حق تكميل
النصاب **قلنا** نعم كذلك الا ان المقاصد فيهما قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما تتخذ
من شعر المعز دون صوف الضان واللبود واللبابد انما تتخذ من صوف الضان دون شعر المعز
فصارا بسبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين وحصل من هذا كله ان ما يوجب اختلاف الجنس في
التي انواع ثلاثة احدها اختلاف الاصول كالبان البقر والغنم وكذا لحومهما والثاني التبدل بالصنعة
مع اتحاد الاصل كالوذاري والزندنيجي والخبز مع الدقيق وذكر في المبسوط وكذلك الزيت المطبوخ
مع غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج مع غير المربى يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربى برطلين من
غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها وذكر في الذخيرة لو باع قمقمة من حديد
او صفر او نحاس بقمقمتين من جنسها يجوز يدا بيد لان الناس تركوا وزنها مع الامكان وترك الوزن
مع الامكان فيما ثبت وزنه باصطلاحهما اعراض عن الاصطلاح على الوزن وخروجها عن الاصطلاح
على الوزن لم يكن الا باعتبار الصنعة فعلم ان للصنعة في تغير الاجناس تاثيرا والثالث اختلاف
المقصود وان لم يتبدل الاصل والصنعة كشعر المعز وصوف الضان فان اصلهما جنس واحد
ولم يمس الصنعة فيها بعد ذلك ومع ذلك صارا جنسين مختلفين بسبب اختلاف المقصود وكالعبد
مع الامة على ما مر **فان قيل** شعر المعز وصوف الضان والنظر الى الاصل هما جنس واحد لان اسم
الغنم يتناول الكل كما في الزكوة وبالنظر الى المقصود هما جنسان فينبغي ان لا يجوز بيع الواحد بالاثنين
ترجيحا لجانب الحرمة عند تعارض دليلي الحل والحرمة **قلنا** انما يصار الى الترجيح عند التعارض ولا
تعارض بين الصورة والمعنى لان المعنى وهو المقصود وهو راجح **فان قيل** لو جعلهما جنسين بالنظر
الى المقصود يجب ان يجعل البان البقر والغنم جنسا واحدا بالنظر الى المقصود فان المقصود منهما
جميعا **قلنا** لا نسلم اتحاد المقصود فان لبن البقر قد يضر الانسان في بعض الاحوال ولبن الغنم
لا يضر في تلك الحالة التي يضر لبن البقر لان الخبز صار عددياً اي عند محمد رحمه الله او موزونا
ص عند ابي يوسف رحمه الله لا خير فيه اي لا يجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النفي فعم نفي
جميع الخيرية والفتوى على الاول وهو ان بيع الخبز بالحنطة او الدقيق جائز وكذا السلم في الخبز جائز
في الصحيح احترازا عن ما روى عن ابي حنيفة رحمه الله ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول
يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عن ابي حنيفة
رحمه الله انه قال لا يوقف على حد معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الثقيل
والخفيف ثم بهذه العلة افسد ابو حنيفة رحمه الله الاستقراض فيه لان السلم اوسع بابا من القرض
حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فاذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض
اولى وابو يوسف رحمه الله الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وذكر في الذخيرة
معزيا الى شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله لا يجوز السلم في الخبز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا وزنا
ولا عددا وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يجوز وزنا واختار المشايخ للفتوى قول ابي يوسف رحمه الله اذا
اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير
استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض وقوله والتقدم والتاخر يعني في اول التنور او في اخره وهذا
اذا كان موزونا له ولم يكن عليه دين **فان قلت** قد ذكرت في باب المرابحة ان المبايعة بين
المولى وعبده المأذون له انما يصح اذا كان على العبد دين محيط برقبته والا لا يجوز فكيف اجاز المبايعة
بينهما هاهنا بدون الدين **قلت** هاهنا ايضا لا يدل شيء على انه يجوز بل دل الدليل على انه لا يجوز
وهو قوله لان العبد وما في يده ملك المولى فلا يتحقق الربا فلا يتحقق البيع ولذلك لا يتحقق الربا لان
بيع الانسان في ملكه ملك باطل وعدم تحقق الربا دليل على عدم صحة البيع لان البيع اذا وجد بحقيقته
في دار الاسلام فوجد الربا بشرائطه يكون ربا لا محالة لهما الاعتبار بالمستامن اي يتحقق الربا بين المسلم
والمستامن في دارنا وكذا في دراهم والجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق لعقد البيع والجواب

[illegible]

ما ذكر في الكتاب والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وبه التوفيق والاعانة والهداية

باب الحقوق

كان من حق مسايل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا انه التزم المصنف رحمه الله ترتيب الجامع الصغير المرتب فما هو من مسايله وهناك هكذا وقع وكذا هنا ولان الحقوق توابع فيلحق ذكرها بعد ذكر مسايل المتبوع بكل حق هو له اي الحق الذي للمنزل من الطريق الذي فيه للخروج والدخول وقوله فيه اي في المنزل مما ينتفع به نحو المراب وقوله بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير اي قال ذلك اللفظ الاول وهو قوله بكل حق هو له ولم يقل غيره او قال الثاني ولم يقل غيره او قال الثالث ولم يقل غيره فها هنا اسام ثلاثة الدار والبيت والمنزل فالجواب في الكل هو ان العلو يدخل في ذكر الدار من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق وفي البيت لا يدخل الا بذكر اسمه الخاص وفي المنزل يدخل بذكر الحقوق وذكر في الفوايد الظهيرية محالا الى شفعة مبسوط شمس الايمة السرخسي رحمه الله ان البيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف وصحن يسكنه الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فقال ابو زيد عبد الله بن ابي بكر بن الحسن المعروف ابوه بخواهر زاده رحمهما الله وانما كان الجواب هكذا لان العلو بمنزلة السطح وبمنزلة البيت من وجه من حيث ان قوام العلو بالسفل كان بمنزلة البناء ومن حيث انه يبنى لينتفع بنفسه لا ليصير السفل به منتفعا به فهو كبيت اخر بخلاف البناء فانه لا يبنى لينتفع بنفسه وانما يبنى ليصير داخل البناء منتفعا به بالبناء واذا كان كذلك توفر على الشبهين حظهما في المسايل الثلاث فيجعل العلو منزلة بين المنزلتين فيها فيقال متى ذكر الحقوق دخل وان لم ينص على العلو كالبناء يدخل من غير التنصيص عليه ومتى لم يذكر الحقوق لا يدخل كبيت اخر والبيت لا يكون تبعا لمثله **فان قيل** يشكل على هذا المستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب **قلنا** المراد من عدم التبعية هاهنا في اللفظ الواحد بان يكون اللفظ موضوعا لشيء فعند ذكر الشيء لم يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعا لذلك الشيء يدخل تبعا للمذكور الذي وضع له اللفظ مقصودا واما في الاعارة والمكاتب لم يتبع اللفظة ما هو مثله ايضا ولكن لما اعار الرجل فقد ملكه المنافع وولاية الاعارة للمستعير انما ثبتت من ملكه المنافع كالمالك الا انه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فمنع عنه حذار وقوع التغير به ولذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو احق بصرف ما يوصله الى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب الى ما يوصله الى مقصوده عسى عند ذكر التوابع وهو قوله بكل حق او امثاله الكنيف المستراح وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله الظلة هي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار وذكر في المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له فيدخل بذكر التوابع وهو قوله بكل حق بخلاف الاجارة حيث يدخل الطريق فيها بدون قوله بكل حال في استيجار الدار والمسيل والشرب في استيجار الارض وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تمليك المنفعة ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة ونحوها فلما جاز البيع بدونها لا يدخل الا بالذكر كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة فان الدار اذا كانت بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق تحريا لجواز القسمة كما انهما يدخلان في الاجارة تحريا لجواز الاجارة وما الفرق بينهما قلنا الفرق بينهما هو ان في باب الاجارة موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة ولكن هو موصل به الى الانتفاع بالمستاجر والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر

من

من الانتفاع في ادخال الشرب ... المنفعة عليهما واما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في [illegible]

الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وبه التوفيق والاعانة والهداية

باب الاستحقاق

[illegible]

بجهة استيفاء الدين ليتوصل به الى حقيقة الاستيفاء من مالية الرهن لا من عينه ولهذا قال علماؤنا
رحمهم الله ان الرهن برأس مال السلم او بالمسلم فيه اذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان مجازا وحقيقة لكان
استبدالا برأس مال السلم او بالمسلم فيه لو هلك يقع به الاستيفاء وانه حرام وكذا هذا في المرهون فلم يكن
هذا [illegible] ولا ينهض سببا للضمان ولهذا قلنا ان الرجل اذا [illegible]
الطريق فقال [illegible] هذا الطريق فانه [illegible]

[illegible]

[illegible] فيبطل البينة لما في الفوائد الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع

فصل في بيع الفضولي

[illegible] هذا الفصل الى الاستحقاق ظاهر لان بيع الفضولي [illegible] من صور الاستحقاق لان
المستحق [illegible]
بيع الفضولي [illegible]
[illegible] بلا عوض [illegible]

قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعلم له ولم يصر الى واحد
في النسب كما في اعرابي وانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ الاصل
في تصرف الفضولي عندنا ان نقول ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد ولا تتوقف
بل تقع باطلة والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا عليه فانه
يتوقف وقال الشافعي رحمه الله لا تتوقف العقود بيان هذا الاصل هو ان الصبي المحجور عليه اذا باع
ماله او اشترى شيئا او تزوج امراة او زوج امته او كاتب عبده او عقد عقدا يجوز عليه لو فعله وليه
في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل ان يجيزه الولي فاجازه بنفسه جاز ولا يجوز بنفس البلوغ من غير
اجازة بعده ولو ان الصبي طلق امراته او خلعها او اعتق عبده على مال او بغير مال او وهب ماله
او تصدق به او زوج عبده امراة او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى شيئا باكثر من قيمته مما لا
يتغابن الناس في مثله او غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه فهذه
العقود كلها باطلة لا تتوقف وان اجازها الصبي بعد البلوغ لم يجز لان هذه العقود لا مجيز لها
وقت العقد فلا تتوقف على الاجازة الا اذا كان لفظ اجازته بعد البلوغ مما يصلح لابتداء العقد فحينئذ
يصح على جهة الابتداء لا على جهة الاجازة نحو ان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق او العتاق فيقع
لانه يصلح للابتداء كذا في شرح الطحاوي رحمه الله لانها بالملك او باذن المالك اي لان الولاية الشرعية
في انعقاد الا بالعقود الشرعية اما بالملك او بالاذن ولنا انه تصرف تمليك هذا من قبيل اضافة
العام الى الخاص كعلم اي تصرف هو تمليك وانما قيد بالتمليك احترازا عن تصرف هو اسقاط كالطلاق
والعتاق فان الصبي اذا طلق امراته او اعتق عبده على مال او على غير مال لا يتوقف لا الى اجازة
الولي ولا الى اجازته نفسه بعد البلوغ بخلاف ما اذا باع ماله او اشترى شيئا او تزوج امراة او زوج
امته فان هذه التصرفات منه تتوقف الى اجازة الولي او اجازته نفسه بعد البلوغ كما ذكرنا وقد صدر
من اهله في محله اما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة بالتمييز واعتباره
شرعا بالخطاب واما بيان المحلية فان البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون بكونه مالا متقوما
وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم الا ترى انه لو باعه باذن المالك يجوز
وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف
مالكا وغير مالك **فان قيل** اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية
احكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم فالتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا
لغا تصرفه لانعدام حكمه **قلنا** الجواب عن هذا السؤال طريقان احدهما لا نسلم ان الحكم لا يثبت
بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت بالسبب البات ملك
بات ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات
ملك موقوف بهذا السبب كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب فاما الضرر في زوال ملكه
وبالملك الموقوف لا يزول ملكه الثابت والثاني ان السبب انما ينعقد اخلاء عن الحكم شرعا
فاما اذا تاخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتاخر كما في البيع بشرط الخيار والعلة
لا تبطل بتاخر حكمها لمانع فان اصل البيع صحيح من المالك والحكم متاخر على اصل الشافعي رحمه الله
الى ان يتفرقا لانه تاخر لمانع وهو الخيار وكذلك الراهنان اذا تبايعا رهنا يرهن بغير اذن
المرتهنين وكذلك الطلاق الى شهر سبب للايقاع صحيح والحكم متاخر وكذلك شهر رمضان
سبب لوجوب الصوم والوجوب متاخر في حق المسافر والمريض ولا يلزم طلاق الصبي الذي يعقل
امراته فانه لا ينعقد وان كان هو اهل الكلام حتى لو طلق امراة غيره صح والمحل موجود وهو المنكوحة
لانا نقول ان الشرع الحق الصبي بالذي لا عقل له فيما يتضرر من الاحكام نظرا له حتى لا يلزمه حقوق الله
تعالى وان تحقق الاسباب من ادراك وقت الصلاة وتحقق الشروط من ملك الزاد والراحلة
لان اللزوم ضرر في نفسه فالحق شرعا بالبهيمة والطلاق اضرار لانه ابطال ما شرع مصلحة
كالهبة فلا يبقى اهلا للكلام من ذلك الوجه كما لم يبق اهلا لوجوب حقوق الله اولان امراة الصبي
ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع الا ترى انه لا يقع عليها باذن الولي ولا بايقاعه وهذا لانا

عرفنا محلية الطلاق شرعا ولو لا شرع الله الطلاق بعد النكاح لما كانت محلا للازمة فاما مال الغير
فمحل لحكم البيع حتى يثبت فيه حكم البيع عند اذن المالك او مباشرته بنفسه كذا في الاسرار والمبسوط في باب
الاستبراء من كتاب البيوع **فان قلت** لا شك ان تصرف المالك وملكه بالبيع بعد ورود النهي
عنه انفذ من تصرف غير المالك في ملك الآخر بعد ورود النهي في حقه ايضا لما روي عن النبي عليه
الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان بيان هذا ان المشتري اذا باع المبيع قبل القبض
نص صحته لا ينفذ البيع وكذا لو اجاز البائع وكذلك لو باع عبده الآبق ثم رجع من اباقه لم ينفذ
ذلك البيع لورود النهي عنه في حقهما فلما لم يتوقف تصرفهما فيهما الى النفاذ مع انهما مالكان لما
تصرفا فيه بالبيع حتى ان الاعتاق منهما جائز فيهما فلان لا يتوقف الى النفاذ تصرف من هو منهي
عنه وهو غير مالك لما تصرف فيه بالطريق الاولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشترى من المالك
او ورثه يبطل بيعه ولا ينفذ فاذا لم يجز ان ينفذ هذا العقد من جهة العاقد باعتبار ملكه
وعقده فلان لا ينفذ من جهة غيره باجازته اولى **قلت** الكلام في الانعقاد بان تصرف الفضولي
هل ينعقد ام يقع لغوا فان عند الخصم يقع لغوا وعندنا يقع منعقدا غير نافذ حكمه فبيع الآبق والمبيع
قبل القبض هو كذلك ينعقد ولا يقع لغوا ولكن يقع انعقاده فاسدا للنهي او لانعدام شرط الصحة
وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه بيعه فكان ذلك طردا حينئذ لا نقضا لما قلنا وما ذكر
تصرفهما في ملكهما فذلك الموضعين اثر ثبوت الملك عند اتصال قبض المشتري بخلاف بيع
الفضولي فان المشتري منه لا يملك ما اشتراه وان اتصل قبضه به ما لم يجز المالك بيعه فكانت
صفة الاولوية في تصرف المالك معلومة بخلاف ما زعم الخصم واما ما ذكره انه لو باع مال الغير
ثم اشترى من المالك يبطل بيعه قلنا انما كان كذلك لان بحكم ذلك السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك
الحادث لحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وانما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان
مالكا وقت العقد وقد زال ذلك الملك بازالته ولو نفذنا باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورا على
الحال وحكم السبب ليس هذا اما عند الاجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق
المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الانسان ان المراد به
اذا باع ثم اشتراه واراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه
قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق
فاشتريها فاسلمها فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك كذا في المبسوط وله الاجازة
اي وللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما اعلم ان بقاء الفضولي
انما يشترط لصحة الاجازة في البيع لا في النكاح الا ترى ان رجلا لو زوج ابنته الصغيرة من رجل
غائب ثم مات الاب وبلغ الزوج النكاح فاجاز ذلك فهو جائز وهذا نص ان موت الاب لا يبطل
نكاح الصغيرة وقال في متفرقات نكاح المحيط رجل زوج ابنته الصغيرة من ابن كبير اجنبي
بغير اذنه خاطب عنه ابوه ثم مات ابو الصغيرة قبل ان يجيز الابن النكاح يبطل النكاح ولو كان
مكان الصغيرة كبيرة زوجها بغير اذنها والمسألة بحالها لا يبطل النكاح بموت الاب وهذا
دليل على ان بقاء الفضولي في باب النكاح ليس بشرط لصحة الاجازة وفي باب البيع شرط كذا
في الفصول الاسروشنية هذا اذا كان الثمن دينا واما اذا كان عرضا معينا انما تصح الاجازة
اذا كان ذلك العرض باقيا كذا في الايضاح وحاصل ذلك ما ذكره في شرح الطحاوي في بيع
الفضولي فقال ان بيعه على وجهين اما ان يبيعه بثمن عين او بثمن دين اما اذا باعه بثمن
دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه فان البيع موقوف
على اجازة المالك وقيام الاربعة شرط للحوق الاجازة البائع والمشتري والمالك والمبيع وقيام
الثمن في يد البائع ليس بشرط فان اجاز المالك في حال قيام الاربعة جاز البيع فتكون الاجازة
اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ويكون البائع كالوكيل المحض والثمن للمجيز ان كان قائما وان
هلك في يد البائع هلك امانة الان فاما هذا اذا باعه بثمن دين اما اذا باعه بثمن عرض بعينه
تعين للعقد اذا لا يتعين فيها هنا قيام الخمسة شرط للحوق الاجازة فالاربعة ما ذكرنا والخامس

قيام ذلك العرض وهو الثمن شرط ايضا فان اجاز المالك عند قيام الخمسة جاز البيع ويكون الثمن للبائع
دون المجيز وله ان يرجع على البائع بقيمته ان لم يكن له مثل وان كان له مثل فله ان يرجع عليه بمثله وانما
كان كذلك لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع مشتريا من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا
على العاقد فهاهنا وجد النفاذ على العاقد لان العاقد من اهله غير انه صار بايعا مال غيره بغير
اذنه في عقد عقده لنفسه فاذا اجاز مالكه صار مجيزا للنقد لا للعقد ولا كذلك اذا كان الثمن دينا
لانه يكون بايعا من كل وجه ولا يكون مشتريا من وجه فاذا اجاز صاحبه كان مجيزا للعقد فكان بدله
له في يده اي في يد الفضولي لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث ان كل واحد منهما
مثبت للحكم او من حيث ان كل واحد رافعة للمانع **فان قيل** لا نسلم ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
الا ترى ان الفضولي اذا باع ملك الغير والمشتري من الفضولي باع من غيره ثم اجاز المالك بيع الفضولي
لا ينفذ بيع المشتري من الفضولي **قلنا** الملك الموقوف اذا طرأ عليه الملك البات ابطل الموقوف
وهاهنا ملك المشتري من الفضولي يكون باتا باجازة المالك فيبطل ملك الشخص الذي اشتراه
من مشتري الفضولي كما اذا تزوجت امة الغير بدون اذن المالك ثم مات المالك فاجاز وارثه النكاح
لا يجوز لما قلنا ان الملك البات اذا طرأ على ملك موقوف ابطله على ما يجيء ان شاء الله تعالى وللفضولي
ان يفسخ قبل الاجازة الى ان قال بخلاف الفضولي في النكاح اي لا يجوز للفضولي ان يفسخه قبل اجازة
الموقوف له او فسخه **قلت** هذا ان كان الفسخ بالقول واما اذا كان الفسخ بالفعل فان الفضولي
يملكه حتى لو قال الفضولي قبل الاجازة نقضت ذلك النكاح لا ينتقض اما لو زوج رجلا امرأة برضاها
فقبل اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول كذا ذكره في الفصول الاسروشنية وذكر
نقد هذا بالموقف في الفعل ايضا اما لو وكل الموقوف له النكاح هذا الفضولي ان يزوج امرأة بغير
عينها فانه يملك فسخ النكاح بالفعل في جميع الروايات على ما يجيء واصل هذا ما ذكره في شرح
الطحاوي رحمه الله وهو ان الفضولي الذي باع ملك الغير بغير اذنه كان له ان يفسخ لان حقوق
العقد ترجع اليه فله ان يحترز عن التزام العهدة وكذلك للمشتري ان يفسخه فيفسخ بفسخه واما
في باب النكاح لو ان فضوليا خاطب امرأة لرجل بغير امره فزوجت المرأة نفسها من ذلك الرجل فان
النكاح موقوف على اجازته فان فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الاجازة ففسخه باطل لان حقوق العقد
لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة النكاح
قبل الاجازة انفسخ وذكر الامام قاضي خان رحمه الله في نكاح فتاويه رجل زوج رجلا امرأة بغير
اذنه لم يكن لهذا العاقد ان يفسخ العقد في قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله اخيرا
له ان يفسخ العقد قال العاقدون في الفسخ اربعة عاقد لا يملك الفسخ قولا ولا فعلا وهو الفضولي
حتى لو زوج امرأة بغير اذنه ثم قال قبل اجازته فسخت لا ينفسخ وكذا لو زوج منه اخت تلك المرأة
توقف الثاني ايضا وعاقد يملك الفسخ قولا وفعلا وهو الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا خاطب
عنها فضولي فان هذا الوكيل يملك الفسخ بالقول ولو زوجه اخت تلك المرأة لا ينفسخ العقد
الاول وعاقد يملك الفسخ فعلا لا قولا وهو الفضولي اذا زوج رجلا امرأة بغير اذنه ثم ان الزوج
وكله بان يزوجه امرأة بغير عينها فزوجه اخت تلك المرأة ينفسخ النكاح الاول ولو فسخ ذلك العقد
بالقول لا ينفسخ وعاقد يملك الفسخ قولا وفعلا وهو الوكيل بتزويج امرأة بغير عينها اذا زوجه
امرأة خاطب عنها فضولي فان فسخ الوكيل هذا النكاح صح فسخه ولو زوجه اخت تلك المرأة ينفسخ
العقد الاول كذا في الفصول الاسروشنية ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد اي الاجازة في
هذه الصورة وهي ما اذا كان ثمن المبيع عرضا معينا كانت الاجازة من المالك اجازة ان ينقد من مال
المالك لا اجازة عقد موقوف فان العقد في هذه الصورة وقع لازما على الفضولي ونافذا من غير
اجازة المالك ولا يحتاج حينئذ توقف العقد الى اجازة المالك وذلك لما ذكرنا من شرح الطحاوي
ان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولي يبيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا
وجد النفاذ ثم لما اجاز المالك البيع في هذه الصورة كان معرضا ملكه للفضولي وكان الفضولي
مستقرضا في ضمن الشراء فصح ذلك تصحيحا لصحة الشراء فحصل من هذا ان بيع المقايضة لما كان شراء من وجه

ودفع لازما على الفضولي من غير توقف الى اجازة المالك لان الشرى لا يتوقف وانما توقف النقد الى اذن
المالك لينقد الفضولي الثمن الذي هو العرض من مال المالك لا العقد بخلاف ما اذا كان الثمن دينا بان كان
من الدراهم او الدنانير كان العقد موقوفا هناك الى اذن المالك لا النقد وثمرة الفرق بينهما انما تظهر
في ثبوت الملك في الثمن فانه اذا كان دينا كان ملكا للمالك فياخذ المالك من يد البايع الذي هو الفضو
واما اذا كان عرضا كان ملكا للفضولي ويضمن الفضولي للمالك مثل ذلك العرض ان كان مثليا
كالمكيلات والموزونات ويضمن قيمته ان لم يكن مثليا **فان قيل** لو كان بيع المقايضة شرى
من وجه لما ملكه الوكيل بالبيع لما ان الوكيل بالبيع لا يكون وكيلا بالشرى لانه ضده وهو يملك ذلك
الا ترى انه اذا وكله ببيع العبد فباع العبد بالجارية يصح خصوصا على قول ابي حنيفة رحمه الله على
ما يجيء في موضعه ان شاء الله **قلنا** جوابه هناك ايضا بان ابا حنيفة رحمه الله يعتبر اطلاق لفظ
الوكالة في غير موضع التهمة والوكالة بالبيع باطلاقه يتناول البيع بالدين وبالعين وبالعين كما يتناول
البيع بالقليل والكثير فلذلك يجري على اطلاقه والشرى لا يتوقف اي ينفذ على المشتري فهذا اذا
لم يضف الشرى الى الغير ووجد الشرى النفاذ ولم يسبق التوكيل من اخر فاما اذا كان الامر بخلاف هذه
الاشياء الثلاثة فالشرى يتوقف او ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي اذا اشترى الرجل
لرجل شيئا بغير امره كان ما اشترى لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجز وهذا لما ذكرنا ان الشرا
اذا وجد نفاذا على العاقد فانه لا يتوقف ولو لم يجد النفاذ على العاقد فانه يتوقف الى الاجازة
من اشترى له كالصبي المحجور والعبد المحجور اذا اشتريا لغيرهما فانه يتوقف على الاجازة فان اجاز جاز
وينصرف عهدته اليه دون العاقد وهذا اذا اضاف العقد الى نفسه واما اذا اضاف العقد الى الذي
اشتراه له نحو ان يقول البايع بع عبدك من فلان بكذا وقبل الاخر لاجل فلان فانه يتوقف الى اجازة
ذلك الرجل واما اذا قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال البايع بعت
او قال البايع بعت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال المشتري اشتريت نفذ المشتري على نفسه
ولا يتوقف هذا اذا لم يسبق من فلان التوكيل والامر ولو سبق من فلان التوكيل والامر فاشترى
الوكيل نفذ على الموكل وان اضاف الوكيل الشرى الى نفسه وينصرف اليه العهدة ان كان من اهل الشرى
لنفسه وان لم يكن من اهل الشرى لنفسه ينصرف عهدته الى الموكل الى هذا من شرح الطحاوي فحاصل
مجموع هذا ان قوله والشرى لا يتوقف يحتاج الى قيود ثلاثة احدها انه اذا وجد الشرى نفاذا واما
اذا لم يجد فيتوقف والثاني انه اذا لم يضف العقد في الطرفين من طرف البايع والمشتري الى
اخر واما اذا اضاف الى الاخر فيتوقف والثالث اذا لم يسبق التوكيل من اخر في حق المشتري واما اذا سبق
فالشرى ينفذ على الموكل لا على المشتري في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا فلا يجوز باجازة
غيره **فان قيل** يشكل هذا بما اذا تزوجت امة لرجل وطيها فمات مولاها قبل الاجازة وورثها ابنها
يتوقف النكاح الى اجازة الوارث وهو الابن حتى لو اجاز الابن صح النكاح والاقدام للامة ايضا في نكاحها
هذا فضولية ومع ذلك توقف الى اجازة الوارث **قلنا** عدم توقف تصرف الفضولي الى اجازة الوارث
لمعنى انه ملك بات او حل بات طرى على ملك موقوف او حل موقوف يبطله واما اذا طرى حل او ملك
عليه لا يبطله بل يتوقف الى اجازة الوارث لا لمعنى من توقفه الى اجازة المورث كان لدفع الضرر عنه
وفي هذا اقام الوارث مقامه يتوقف الى اجازة الوارث ايضا لدفع الضرر عن الوارث وهاهنا لم
يطرا الحل البات على الحل الموقوف لان الامة لا تحل للابن وطيها حتى انه حل له وطيها بان لم يطاها
ابوه يبطل النكاح ايضا ولم يتوقف لورود الحل البات على الحل الموقوف ولو صورت المشتري مقام
الوارث فالحكم فيه ايضا كذلك على التفصيل ان كان المشتري ممن يحل وطيها يبطل نكاحها والا يتوقف
الى اجازته الى هذا في الفصول الاسروشنية محالا الى باب نكاح مخاطبة الجامع لان الشك وقع
في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **فان قيل** هو ما استوى طرفاه وهاهنا طرف النفاذ راجح
لان الاصل في كل موجود بقاؤه وما لم ينتقض بالمزيل وهاهنا لم ينتقض بالمزيل فكان باقيا عملا
بالاصل **قلنا** ذلك الذي قلته عمل باستصحاب الحال وهو يصلح حجة للدفع لا للاثبات وهنا
يحتاج الى انعقاد البيع وثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع عليه لمن وقع له الشرى فلا يصلح الاستصحاب

حجة

حجة وكان هذا نظير استحقاق الشفعة بظاهر الملك الشفيع فانه يدفع عند انكار المشتري ملكه
حيث لا يكتفى به في حق استحقاق الشفعة ما لم تقم البينة على ان في يده ملكه لما ان الاحتمال فيه
ان يكون الاملاك في يد الملاك لما ان الشفيع محتاج الى اثبات الملك [illegible] فما يطالب الشفعة
فاستصحاب الحال فيه لا يكون حجة على ان الذي في يده ملكه عملا بالاصل بل يحتاج الى اثبات سبب
الملك في الحال بعينه ولما لم تقم البينة على ذلك كان شكا في اثبات الملك فهذا الطريق بعد ذلك
فاما ومن غصب عبدا الى اخره وهذه هي المسالة الثالثة التي جرت فيها المحاورة بين ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله حين عرض محمد هذا الكتاب على ابي يوسف رحمه الله فقال ما رويت لك عن ابي حنيفة
رحمه الله ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد رحمه الله بل رويت لي ان العتق
جائز ثم ما ذكره محمد قياس ووجه القياس ان هذا العقد يتوقف لوروده على اجازة من له ظاهر الملك
وهو المغصوب منه فلا يجوز ان ينفذ من جهة من يحدث له الملك كالمشتري بشرط الخيار للبايع اذا
اعتقه ثم اسقط البايع خياره كذا ذكره الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير وقال
محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك الى ان قال [illegible] المشتري من الغاصب [illegible]
[illegible] محمد رحمه الله فانه قاس الاعتاق بالبيع يعني لو اشترى العبد من الغاصب ثم باعه من الاخر
ثم ادى الغاصب الضمان او اجاز المالك لا يجوز بيع المشتري من الغاصب فكذا لا يجوز اعتاقه
الغاصب مع ان البيع اقل احتياطا الى الملك في المقصود من العتق لان الغاصب اذا باع ثم اجاز المالك
يصح البيع اما اذا اعتق ثم اجاز المالك لا يصح الاعتاق وقال الامام قاضي خان رحمه الله [illegible]
الطلاق راجع الى ان عند محمد رحمه الله بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق
حاصلا في ملك الغير فيبطل كما لو باعه المشتري الاول وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بيع
الفضولي يوجب الملك على وجه التوقف لان الاصل في البيع المنعقد ان يفيد الحكم والتراخي الى وقت
الاجازة لدفع الضرر عن المالك والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات
الضار فاعتاق المشتري صادف ملكا موقوفا فيتوقف واما الاعتاق البيع الثاني فلان المالك اذا
اجاز البيع الاول ثبت الملك للمشتري الاول على وجه الثبات وطرو الملك البات يبطل الملك الموقوف
وهذا لا يوجد في الاعتاق فينفذ اعتاق المشتري ويكون الولاء له **فان قيل** المصحح للاعتاق الملك الكامل
لا نسلم بل الملك الناقص يكفي لصحة الاعتاق الا ترى انه يلحق المكاتب بصحة الملك
والمكاتب ناقص وفي المكاتبة على العكس **قلنا** نعم كذلك الا ان الكتابة تفسخ وضمن الاعتاق
لما ان عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وانه لما رضي بالاعتاق بالبدل كان راضيا بالاعتاق
بدون البدل بالطريق الاولى وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم [illegible]
ان لعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان يعني ان الغاصب لو اعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه
مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري هاهنا حتى ينفذ بيعه لو
باعه هناك ولا ينفذ بيع المشتري هاهنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ اعتاق الغاصب فهاهنا اولى
الضمان الى المالك فاعتاق من يتولى الملك من جانبه وهو اعتاق المشتري من الغاصب اولى
اولى ولان يعتق المشتري والخيار للبايع اي لا ينفذ اعتاقه فهاهنا اولى ان لا ينفذ لوجود [illegible]
لان البيع بشرط الخيار اقوى من البيع الموقوف فان [illegible] الا يصح بيع المشتري من الغاصب
[illegible] اي المشتري من الغاصب اذا باع [illegible] المالك البيع [illegible]
الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع انه اسرع نفاذا [illegible] ان البيع اسرع نفاذا من
العتق الا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه وكذلك المكاتب
يملك مقابله ملك البيع لنفسه ولا يملك الاعتاق ولما لم ينفذ بيع المشتري من الاخر ما خرجت
الاجازة مع سرعة نفوذ البيع لما قلنا فلان لا ينفذ اعتاق المشتري من الغاصب مع بطؤ نفوذه عند
الاجازة بالطريق الاولى حتى ينفذ من الغاصب اي البيع وقوله ينصرف مطلق احترازا عن البيع بشرط
الخيار موضوع لافادة الملك احترازا عن الغصب لانه ليس بموضوع لافادة الملك وبهذا التعليل
لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال ولما كان الغصب لم يوضع لافادة الملك يجب ان لا ينفذ بيعه

قال وهذا خلاف ما اذا غصب من اخر عبدا فقطعت يده وادى الاخر ضمانه حيث لا يكون الارش
للغاصب وان ملك المضمون عند اداء الضمان لا من وقت الغصب لان الغصب لم يوضع سببا
للملك وانما ثبت الملك في المضمون بشرط الضمان ضرورة على ما عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل
اما البيع سبب موضوع للملك فجاز ان يعمل في المتصل والمنفصل لان الملك ثم له من وقت الشرى
فتبين ان بطريق الاستناد ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش للمشتري لذلك **فان قيل**
يشكل هذا بالفضولي اذا قال لمنكوحة غيره امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الزوج الخبر فاجاز
صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية من حين التفويض حكما للاجازة **قلنا** في الفرق بينهما
ان كل تصرف يتوقف حكمه على شيء فالاصل ان يجعل ذلك التصرف معلقا بالشرط لان في جعله سببا
من وقت وجوده تخلف الحكم عن السبب الا ان التصرف الذي لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه
تعذر جعله معلقا فاعتبرناه سببا من وقت وجوده متاخرا عنه حكمه الى وقت الاجازة فعند الاجازة
ثبت الملك من وقت العقد اما التصرف الذي يحتمل التعليق اذا توقف حكمه على شيء فيجعل معلقا والتفو بض
يحتمل فجعلنا الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند الاجازة يصير كانه وجد الان فلا يثبت حكمه
الا من الاجازة كذا في الفوايد الظهيرية وهو حجة على محمد رحمه الله اي كون الارش للمشتري حجة على محمد
في عدم جواز الاعتاق في الملك الموقوف فلما انه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند
الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر له اي والجواب لمحمد رحمه الله
عن هذه الجهة التي ترد عليه بخلاف الاعتاق اي لا يصح اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبايع لانه
ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه
الى الان لان ارش اليد قام مقام نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه الى الان لان ارش اليد الواحدة
في الحر نصف الدية قام مقام نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه الى الان لان ارش اليد في الحر نصف
الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن
يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك ثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو
ثابت من وجه دون وجه وبهاتين النكتتين يخرج الجواب عما لو قيل في البيع الصحيح اذا قطع
لم يجب قيمته بالغة ما بلغت فان باعه المشتري من اخر اي باع المشتري من الغاصب من اخر لما
ذكرنا وهو قوله لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات الى اخره ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار
عدم الاجازة في البيع الاول **فان قيل** هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه ولبيع الفضولي
ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما او لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الفضولي والغاصب موقوفا
قلنا صح بيع الفضولي موقوفا لما ذكر من الدليل بانه لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه
حيث يكفي مؤنة طلب المشتري الى اخره ولما كان فيه نوع نفع للمالك رجحنا جانب نفعه على جانب
غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقوفا ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثاني لانه لم يملك المشتري
الاول حتى يطلب مشتريا اخر فتجرد البيع الثاني عن ما له لغرر الانفساخ فلم ينعقد وذلك لانا لو اعتبرنا
نفس غرر الانفساخ من غير اعتبار لما فيه من النفع يلزم ان لا يصح بيع اصلا خصوصا في المنقولات
لانه يحتمل ان ينفسخ البيع بعد انعقاده بان هلك قبل القبض وذلك في البيع الثاني فلذلك
اعتبرناه دون غيره بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يوثر فيه الغرر الا ترى ان البيع قبل القبض
في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح فيكون المبيع قائما بقيام خلفه
يعني اذا قتل المبيع في يد البايع كان البيع باقيا على بدله وهو قيمته ويخير المشتري فيكون البدل
للمشتري على تقدير الاجازة لم تقبل بينته للتناقض وذكر في الفوايد الظهيرية شبهة في هذا
وهي ما ذكره في الكتاب فقال فان قيل يشكل هذا بما ذكر محمد رحمه الله في الزيادات وهو رجل
اشترى جارية بالف درهم وقبضها ونقد الثمن ثم اقام البينة على اقرار البايع ان الجارية لفلان
وفلان يدعيها قبلت بينته وان كان متناقضا ولا فرق بينهما سوى ان البايع هناك اصيل
وهنا وكيل قلنا في مسالة الكتاب قال بعض مشايخنا ما ذكره محمد رحمه الله هنا محمول على ان المشتري
اقام البينة على اقرار البايع قبل البيع اما اذا اقام البينة على اقرار البايع بعد البيع ان رب العبد

[illegible]

قال

لم يامره بالبيع فيقبل بينته لان اقدام المشتري على الشرى يناقض دعواه اقرار البايع بعدم الامر وقبل
البيع اما لا يناقض دعواه اقرار البايع بعدم الامر بعد البيع قال ومسالة الزيادات يجب ان يكون محمولة
على هذا ايضا لحصل نوع العنية عن الفرقة بين المسالتين ولم يتضح فيه شي سوى هذا بعد ان تامل
فيه برهة من الدهر وان اقر البايع اي اقر بعدم امر رب العبد عند القاضي وانما قيد به لان البينة
انما تكون حجة عند القاضي ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة الى اخره اي ادعى رجل على المشتري
بان ذلك العبد له وصدقه المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة الى اخره اي ادعى رجل على
المشتري البايع البينة انه اقر ان البيع للمستحق هذا لا يقبل وان كان دعوى اقرار البايع منه تناقضا
اذ هو بالاقدام على الشرى اقر بانه ملك البايع والتناقض لم يمنع صحة الدعوى هاهنا في مسالة
الزيادات لموضوعها في ان العبد في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيستلزم حق الرجوع
لانه وجد شرط الرجوع هكذا وجدت بخط شيخي رحمه الله في هذه المسالة وهي مسالة الكتاب وهي ما
اذا اقام المشتري البينة على اقرار البايع بانه لم يامره رب العبد وفي تلك في يد غيره اي وفي مسالة
الزيادات ان العبد في يد غير المشتري وذكر في الزيادات الامام قاضي خان رحمه الله فقال وجه
الفقه في هاتين المسالتين ان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك
الثمن للبايع فان بيع مال الغير منعقد وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به
من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في الفصل الاول لانه
لا يفيد فايدة الرجوع بالثمن وانما جعلناه غير ملك عملا بالشبهين بقدر الامكان والله اعلم بالصواب

باب السلم

لما ذكر انواع البيوع التي لا يشترط في المجلس قبض العوضين او احدهما بقي منها النوعان احدهما انه
يشترط في المجلس قبض احد العوضين وهو السلم والثاني يشترط فيه قبض العوضين جميعا وهو
الصرف فشرع في بيانهما وقدم العقد الذي يشترط فيه قبض احد البدلين على العقد الذي يشترط
فيه قبض البدلين لما ان الترقي انما يكون من الاقل الى الاكثر لا على العكس فان الواحد قبل الاثنين
والمفرد قبل المركب او نقول البيوع فيما يرجع الى الثمن والمثمن انواع اربعة بيع العين بالعين وهو
بيع المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالاثمان المطلقة وفرغ من بيانهما وبقي النوعان
احدهما بيع الدين بالعين وهو السلم فان المسلم فيه مبيع وهو دين وراس المال قد يكون عينا
وقد يكون دينا ولكن اشترط قبضه قبل الافتراق فيصير عينا والثاني بيع الدين بالدين وهو عقد
الصرف فشرع في بيانهما وقدم السلم لان احد عوضيه العين والعين هو الاصل فكان اولى بالتقديم
ثم الكلام في السلم في خمسة مواضع ولو ضممنا اليها مواضع الشرائط كان الكلام فيه في اثنين وعشرين
موضعا اما الخمسة فهي الكلام في بيان مشروعيته وفي تفسيره لغة وشرعا وبيان ركنه وشرائطه
واحكامه اما الاول فالقياس ان لا يجوز السلم لانه بيع المعدوم وفي الاستحسان هو جائز بالحديث
بخلاف القياس على ما نذكر واما لغة فان السلم بمعنى السلف وهو نوع من البيوع يعجل فيه
الثمن وهذا النوع من البيع يسمى سلما واسلاما كما يسمى سلفا واسلافا وانما سمي هذا بالاسلام
وهو التسليم لانه يشترط تسليم الثمن في مجلس العقد واما شرعا فان السلم اخذ عاجل باجل وهو
نوع بيع لمبادلة المال وكان الشرعي بمعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرايط واما
ركنه فهو الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لاخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او
اسلفت فقال الاخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والاخر يسمى المسلم اليه ويسمى الحنطة المسلم فيه ولو
قال المسلم اليه لاخر بعت منك كر حنطة بكذا وذكر الشرائط للسلم فانه ينعقد ايضا فانه بيع على
ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم واما
شرائط جواز السلم فسبعة عشر ستة في راس المال واحد عشر في المسلم فيه واما الستة التي في راس المال
احدها بيان الجنس انه دراهم او دنانير او من المكيل حنطة او شعير ونحو ذلك والثاني بيان النوع
انه دراهم غطريفية او عدلية او دنانير محمودية او هروية وهذا اذا كان في البلد نقود مختلفة

واما

[illegible]

العبد والعبد يصنع بالآلة فاذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع ولا يبقى بعد ذلك الا قليل
تفاوت وذلك مما يتحمل ولا يتمثل لتفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات الا ترى ان الاب لو باع
لعين يسير كان متحملا ولو انه استهلك شيئا يسيرا اوجب عليه الضمان **قوله** ولا بد منها اي من
هذه المذكورات وهي الذرع والصفة والصنعة ويجي ذكر الثياب بعد هذا بان ذكر الوزن في الحرير
شرط وذكر في المعدودات التي لا تتفاوت اي يجوز كالجوز والبيض وقيد بالمتقاربا بالتي لا تتفاوت
كالرمان والبطيخ على ما ذكر والفرق بينهما مذكور عن ابي يوسف رحمه الله وذكر في المبسوط واصل
هذا الجنس مروي عن ابي يوسف قال ما تتفاوت احاده في القيمة فهو عددي متفاوت لا يجوز السلم
فيه عددا وما لا تتفاوت وانما تتفاوت انواعه فهو عددي متقارب يجوز السلم فيه عددا والرمان
والبطيخ تتفاوت احاده والباذنجان وما اشبه ذلك لا تتفاوت احاده في المالية وعلى هذا الاصل
يجوز السلم في الجوز والبيض عددا لان احاده في المالية لا تتفاوت فانك لا ترى جوزة بفلس وجوزة
بفلسين واما تتفاوت انواعه في المالية وذلك التفاوت يزول بذكر النوع وقيل هذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اي ما ذكر في الجامع الصغير بقوله ويجوز السلم في الفلوس عددا
مطلقا من غير ذكر خلاف احد محمول على ان ذلك الاطلاق وقع على قولهما خلافا لمحمد رحمه الله استدلالا
بمسالة اخرى وهي على هذا الخلاف فيصلح ان تكون هذه المسالة مبنية عليها وهي ان الفلوس اثمان
باصطلاح جميع الناس فلا يسقط ثمنيتها باسقاط المتعاقدين عنده حتى اجرى الربا فيها فقال
لا يجوز بيع فلس واحد بفلسين عند محمد رحمه الله خلافا لهما على ما مر ولما كانت ثمنا عنده لا يجوز السلم
في الاثمان بالاجماع كما لو اسلم في الدراهم والدنانير وعندهما يسقط ثمنيتهما باسقاط المتعاقدين
فيجوز السلم فيها عددا عندهما والدليل على صحة هذا ما رواه ابو الليث الخوارزمي عن محمد رحمه
الله نصا ان السلم في الفلوس لا يجوز ومن المشايخ رحمهم الله من قال جواز السلم في الفلوس قول
الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع والفرق ان من ضرورة جواز السلم كون
المسلم فيه مثمنا فتضمن اقدامهما على السلم ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما اما ليس من ضرورة
جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير جائز فلا
يتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان فلا يجوز بيع الواحد
بالاثنين كذا في الذخيرة وذكر مثل هذا في المبسوط ثم قال وما ذكر في الكتاب اي جواز السلم
في الفلوس اصح لان صفة الثمنية في الفلوس عارضة باصطلاح الناس والمتعاقدان اعرضا عن
هذا الاصطلاح حين عقدا السلم فيه وما اعرضا عن الاصطلاح على كونه عدديا وليس من ضرورة خروجه
من حقهما من ان يكون ثمنا خروجه من ان يكون عدديا كالجوز والبيض واما الذهب والفضة فثمن
باصل الخلقة فلا ينعدم ذلك بجعلهما اياه مبيعا الا ترى ان الفلوس تروج تارة وتفسد اخرى وتروج
في ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس بخلاف النقود ولا يجوز السلم في الحيوان وقال محمد رحمه
الله يجوز الا في الحلقان لان اسم الحلقة اسم لمجهول الحال لان الحمل لا يدري حقيقته بحال الا ترى انه
اذا باع على انها حاملة لا يجوز والخلاف في الحيوان الموصوف كما ذكر واما في الحيوان مطلقا فلا يجوز
بلا خلاف بيان الجنس نحو الابل والسن نحو الجذع والثني والنوع كالبختي والعربي والصفة نحو السمن
والهزال يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة كالهملجة وسرعة العدو وذلك لان
بعد ذكر الاوصاف التي يشترط الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية فانك تجد فرسين مستويين في السن
والصفة يشترى احدهما باضعاف ما يشترى به الاخر لتفاوت بينهما في المعاني الباطنة
وكذلك في العبدين وهذا في بني ادم لا يخفى فان العبدين والامتين يتفاوتان في السن والصفة
ويختلفان في المالية لتفاوتهما في الذهن والكياسة وفيه يقول القائل

رب من كان واحدا ● يعدل الالف زائدا ●●
والوف تراهم ● لا يساوون واحدا ●●

كذا في المبسوط والاسرار وذكر في المغرب المهملة العين والبيت عن مستقيم انما هو ●
الا رب فرد يعدل الالف زائدا ● والف تراهم لا يساوون واحدا ●
الهملجة مشي سهل للبراذين كالرهوجة **فان قلت** هذا الذي ذكره مستقيم في الحيوانات التي تختلف

[illegible]

[illegible]

صورها ومعانيها الباطنة كما في العبيد والاماء والافراس والابل وما قولك في الحيوانات التي لا تختلف
صورة ولا معنى كالعصافير والحمامات التي هي للاكل وهذه الحيوانات لا تخالف بعضها بعضا اصلا
لا صورة ولا معنى ولو خالف فهو يسير ومثل ذلك او اكثر منه يوجد في الثياب الفاخرة كالديباج ومع
ذلك السلم فيها جائز فاولى ان يجوز في مثل هذه الحيوانات **قلت** نقول في مثل هذا ما قال
محمد رحمه الله حين سأله عمرو ابن ابي عمرو حيث قال في المبسوط وقد ذكر عمرو بن ابي عمرو عن محمد رحمه الله
قال قلت له انما لا يجوز السلم في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا فانا نجوز السلم في الديباج
ولا نجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج ولكنه السنة اي
السنة منعت من السلم في الحيوان مع امكان الضبط بالوصف ومثل هذا ايضا يجيء فيما بعد مذكورا من
الدجين **فان قلت** ما جوابنا عن ما تمسك به الشافعي رحمه الله بقوله ان النبي عليه الصلاة والسلام
اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل وامر به عبد الله ابن عمرو انه عليه الصلوة والسلام استقرض بكرا واقضى
رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض فاذا ثبت جواز استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبت
جواز السلم فيه بالطريق الاولى والمعنى فيه انه مبيع معلوم مقدور التسليم فيجوز عقد السلم فيه
كالثياب والمكيلات والدليل عليه ان بني اسرائيل لما وصفوا البقرة فوصفها الله تعالى لهم واذكروا
تلك الصفة حيث قالوا الآن جئت بالحق والدليل انه يثبت في الذمة مهرا وان الدعوى والشهادة
في الحيوان تسمع بذكر الوصف فدل انها تصير معلومة بذكر الوصف **قلت** اما شري البعير فقيل
انه كان قبل نزول آية الربا وكان ذلك في دار الحرب وعندنا لا يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب
فيجهز الجيش وان كان في دار الاسلام فيقبل لانه كان من دار الحرب لعزة في دار الاسلام يومئذ
واما ما روي انه استقرض بكرا فالمراد استعجال الصدقة ثم لم يجب الزكوة على صاحبه فرده رباعيا
او استقرض لبيت المال وكذا يجوز ان يثبت حق مجهول لبيت المال يجوز ان يثبت ذلك على بيت المال ايضا
واما وصف الله تعالى البقرة لبني اسرائيل فهو انما ذكر الله تعالى لبني اسرائيل الاوصاف الظاهرة وذلك
ممكن علامة عندنا بدل لما كان المقصود التشديد عليهم لما استقصوا في الاستيصاف هكذا قاله ابن عباس
رضي الله عنهما وكذلك سماع الدعوى والشهادة لان الاوصاف الظاهرة فيها تصير معلومة وثبوته
في الذمة مهرا لكون النكاح على التوسع فان المقصود به شيء آخر سوى المالية بخلاف السلم ولهذا يجوز فيه
من غير بيان الوصف هناك والمعنى فيه انه اسلم في المجهول فلا يجوز كما لو اسلم في الحلقات او الجواهر
وذلك لان بعد ذكر الاوصاف التي يشترط الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية كذا في المبسوط وقد
صح ان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن السلم في الحيوان **فان قلت** هذا الحديث بظاهره لا يصح
التمسك به على اثبات ما ادعاه فان للخصم ان يجري هذا الحديث على ظاهره فيقول نحن نسلم ان السلم
في مطلق الحيوان لا يجوز واما الكلام في الحيوان المخصوص بذكر جنسه ونوعه وسنه وصفته على ما ذكر
وهذا الحديث في مطلق الحيوان من غير ذكر الوصف ونحن نقول بانه لا يجوز السلم فيه وعدم جواز السلم في
الحيوان غير الموصوف بهذه الاوصاف لا يدل على عدم الجواز في الحيوان الموصوف فان الحكم يختلف بينهما
بترك الوصف وذكره الا ترى ان الحيوان اذا كان موصوفا بوصف يصلح ان يكون مهرا في الذمة وعند ترك
الوصف لا يصلح **قلت** قد فسر هذا الحديث محمد بن الحسن رحمه الله في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود
رضي الله عنه دفع مالا مضاربة الى زيد ابن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة
فقال ابن مسعود اردد مالنا لا نسلم اموالنا كذا في المبسوط فعلم بهذا ان عدم جواز السلم في الحيوان
لم يكن باعتبار ترك الوصف والاكارع ولا في الجلود عددا اي في جلود الابل والبقر والغنم وقال مالك
رحمه الله انه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة بالذكر ولكنا نقول الجلود
لا توزن عادة لكنها تباع عددا وهي عددية متفاوتة فيها الصغير والكبير فلا يجوز السلم فيها و
الحاصل هذا مبني على السلم في الحيوان لا يجوز فكذا في ابعاض الحيوان ولهذا لا يجوز السلم في الاكارع
والرؤس وكذلك لا يجوز السلم في الادم والورق الا ان يشترط من الادم والورق ضربا معلوم الطول
والعرض والجودة فحينئذ يجوز السلم فيه كالثياب كذا في المبسوط وذكر في الرحيمي وان بين للجلود
ضربا معلوما يجوز والادم اذا كان يباع وزنا يجوز السلم فيها بذكر الوزن اذا بينوا على وجه لا يتمكن المنازعة
بينهما في التسليم والتسلم ولا في الحطب حزما او اوقارا لان هذا مجهول لا يعرف طوله ولا عرضه وغلظه

في ذلك والمشتري يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة بينهما لا يرتفع
ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذي في التمر والمنازعة لا تجري في نزع ذلك وكذلك العظم الذي
في الالية وعلى هذا الطريق اذا اسلم في لحم منزوع العظم يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وهو اختيار محمد
بن سماعة رحمه الله والطريق الآخر ان اللحم يشتمل على السمين والمهزول ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك
يختلف باختلاف فصول السنة في قلة الكلأ وكثرة الكلأ والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدرى ان عند
حلول الاجل على اي صفة يكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذلك الوصف وكان السلم في اللحم بمنزلة السلم
في الحيوان وبه فارق الاستقراض والقرض لا يكون الا حالا او في الحال صفة السمن والهزال معلومة بخلاف
الشحم والالية فانه لا يتفاوت فيهما من حيث القلة والكثرة وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع
العظم وغير منزوع العظم سواء وهو الاصح كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله اذا بين الجنس بان قال شاة او بقرة وبين السن بان قال جذع او ثني وبين النوع بان قال خصي او فحل
وبين صفة اللحم بان قال سمين او مهزول وبين الموضع بان قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة
امناء فالجهالة تنعدم ببيان هذه الاشياء ولو لم يجز السلم هنا انما لم يجز لمكان الجهالة ولابي حنيفة رحمه
الله وجهان احدهما ان اللحم يتفاوت باختلاف العظم لانه يقل اللحم عند عظم العظم ويكثر عند صغره
وكان المسلم فيه مجهولا والآخر وقوله فطعنا يضمن بالمثل ابتياح لقوله لانه موزون بخلاف لحم الطيور
لانه لا يمكن وصف موضع معلوم منه اي من لحم الطيور لان عضو جنس الطيور قليل ولا يشترى لحم العضو
عادة وذكر في الذخيرة ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في لحومها اما في الطيور فلا يجوز لانه سلم
في الحيوان **فان قيل** السلم في الحيوان انما كان باطلا لتفاوت الحيوان في نفسه تفاوتا يعتبره الناس
ومن الطيور ما لا يتفاوت تفاوتا يعتبره الناس كالعصفور فكان ينبغي ان يجوز السلم فيه كما في الجوز
والبيض **والجواب** عنه من وجهين احدهما ان بطلان السلم في الحيوان ثابت بصارة العين في المنصوص
عليه لعين النص لا للمعنى والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان واليه اشار محمد رحمه الله حين سئل لم لا
يجوز السلم في الحيوان وقد ذكرناه والثاني ان العصفور وان كان من العدديات المتفاوتة الا انه
في معنى المنقطع لانه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد وقد يمكن اخذه وقد لا يمكن ولا رجحان لامكان الاخذ
على عدم الامكان حتى يقام مقام الموجود في ايدي الناس فتبقى العبرة للانقطاع بخلاف السمك الطري
لان امكان الاخذ في السمك راجح على عدم الامكان فتكون العبرة لامكان الاخذ فيقام امكان الاخذ
مقام الموجود في ايدي الناس واما في لحومها اما عددا فلا اشكال انه لا يجوز لانه عددي متفاوت
واما وزنا هل يجوز فظاهر ما ذكر محمد رحمه الله يدل على انه لا يجوز على انه لا يجوز لانه اطلق اطلاقا
من مشايخنا رحمهم الله من قال بان المسالة على الاختلاف لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يجوز كما لو اسلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله الكل لان ما يقع فيها التفاوت الا انه
حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا يقتنى ولا يحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع
ولا يجوز بسبب الانقطاع عندهم جميعا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد يجوز عند الكل
لان ما يقع من التوالد التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس فانه لا يجري
المماكسة بسببه فكان بمنزلة عظم الالية وعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده
رحمه الله وذكر في المبسوط وعن ابي يوسف رحمه الله قال ما لا يتفاوت احاده في المالية كالعصافير
ونحوها يجوز السلم في لحومها وقوله لا يجري على الوجه الثاني وهو التعليل بالسمن والهزال والنقص
بالمثل جواب عن قولهما ان المثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى وقوله ولان القبض
يعاين هذه النكتة لحل التفرقة بين الاستقراض والسلم فان الاستقراض يعتبر حالا فيرتفع الجهالة بالقبض
فلا يفضي الى المنازعة واما في السلم فان المسلم فيه انما يعرف بالوصف وبالوصف لا ترتفع الجهالة فتفضي
الى المنازعة فلما لم يعرف الوصف تمام التعريف لم يكتف بالوصف في حق اللحم في السلم ولا يجوز السلم
الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم الى اجل قبل ترك كل منا
ومنا الشافعي مذهبه فان من مذهب الشافعي رحمه الله حمل المطلق على المقيد وعندنا على عكسه ثم
مذهبنا ومذهبه يختلفان في السلم والحالة على طريق المضادة في اشتراط الاجل اعني ان سلم الحال

[illegible]

لا يجوز عندنا ويجوز عنده وفي الكتابة على العكس فان الكتابة الحالة جائزة عندنا وعنده لا يجوز ثم انه
اما ترك اصله وهو حمل المطلق على المقيد هنا فقال لا في وجدت الاصول متعارضة حيث وجدت البيع
غير مؤجل والكتابة مؤجلة على اصلي كما تركت اصلي هذا في صوم كفارة اليمين لانه وجدت الاصول متعارضة
فان صوم المتعة مشروع بصفة التفريق وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع فتركت صوم كفارة اليمين
مطلقا على حاله ان شاء فرق كما في صوم المتعة وان شاء تابع كما في صوم الظهار وعندنا العمل بالمقيد هنا
لا على طريق حمل المطلق على المقيد بل لما ورد الاطلاق والتقييد هنا في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر
الاجل وعدم الجواز عند تركه كان المقيد بشرط الاجل وصفا زائدا على الحكم المطلق فلما تعلق الجواز عنده
الاجل لا يبقى مطلقا حينئذ فعملنا بالزيادة كما عملنا بشرط التتابع في صوم كفارة اليمين عند ورود النص بالاطلاق
بالاطلاق والتقييد فيه واحتج الشافعي رحمه الله في ذلك بالحديث ورخص في السلم فقد ثبت في السلم
رخصة مطلقة فاشتراط التاجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه
شرطا لا شرطا كالبيع والاجارة ولان الظاهر من حال العاقل انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه
فكان الظاهر انه يقدر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد وان لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه
من راس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على رب السلم اولا فيقبض
المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يكون قادرا على
البدل وبما يدخل في ملكه لا يقدر على التحصيل للامة فلهذا لم اجوزه الا مؤجلا وحجتنا فيه قوله
عليه الصلاة والسلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فقد شرط لجواز
السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد بيان ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من اراد الصلاة
فليتوضأ الا ان يكون المراد انه اذا اسلم مؤجلا ينبغي ان يكون الاجل معلوما لان ظاهره حرم المسلم على من
اراد الا بهذه الاوصاف كرجل يقول من دخل داري فليدخل غاض البصر ومن كلمني فليتكلم بالصواب
فيتقيد السلم المطلق في حديث الرخصة بهذا ان الاجل المعلوم شرط لجواز السلم ولان النبي عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم اجزانه جوزه رخصة والرخصة ما استبيح
بعذر مع قيام المحرم علم بهذا ان الحكم الاصلي في باب السلم ان لا يجوز لانه بيع ما ليس بعين وما ليس بملك
وملك المبيع شرط لجواز العقد مع العينية ولان المراد من النهي بيع ما ليس في ملكه لا بيع ما ليس بحضرته
بدليل انه اذا باع ما حضرته قبل الملك ثم ملكه فسلم لم يجز واذا باع شيئا غائبا فاذا راه المشتري
لم يصح في ملكه فثبت ان الاصل في باب السلم الفساد وانما ابيح رخصة والرخصة اسم لما ابيح لعذر مع
قيام المحرم تيسيرا على العباد وكل الاعذار للعباد في العجز والعجز في باب السلم حاجة المفتقر الى ثمن السلعة
لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتملك وذلك لا يحصل عادة الا بزمان يكتسب فيه او يجيء حين
الحصاد فلم نجد لذلك الا باجل ليتمكن فيه من التكسب فيقدر على التسليم فصار الاجل شرطا لعينه
بل للعدرة على التسليم كما قال الشافعي رحمه الله في الكتابة الا انا نقول في الكتابة ان البدل في الكتابة
معقود به لا معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود به ليس بشرط لجواز العقد كالثمن في البيع واما
في السلم فيه معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين ولان
الكتابة ارتفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبدل واما السلم فيعقد تجارة
وهو مبني على الظاهر انه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه الا مؤجلا
كذا في المبسوط والاسرار الحاجة تنقض ترتفع بالمطلوب وبحريه يقال افلس الرجل اي صار مفلسا
كانما صارت دراهمه فلوسا كما يقال اخبث الرجل اذا صار اصحابه خبثا ويجوز ان يراد به انه صار
الى حال يقال فيها ليس معه فلس كما يقال اقهر الرجل اي صار الى حال يقهر عليها والمفاليس جمع
المفلس على الوجهين ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل
فيه **فان قلت** لو كانت شرعية عقد السلم دفعا لحاجة المفاليس لاختص بحاله الافلاس ولم يشرع لذلك
الا ترى انه يجوز بيع الحنطة سلما وعنده اكرار حنطة **قلت** ان الشيء لا يباع سلما الا اذا في الثمن
والتاجر لا يبيع الا بالربح فعل البيع باذن في الثمن على انه لا يبيع الا للعجز عن الربح ولا عجز الا ان يحمل
ما عنده مستغرقا لحاجة ولان حقيقة العدم امر باطن لا يمكن الوقوف عليه حقيقة والشرع يتهيك

الرخصة

[illegible]

محل وسوية فيختلف ما يبتدأ باختلاف المكان فان للحنطة والحطب موجود في المصر والسواد جميعا

ثم يشتري في المصر باكثر مما يشتري به في السواد وما كان ذلك الا لاختلاف المكان كذا في المبسوط
فهاتان مسالتان اي الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه فيهما بين المسالتين وانما ذكرهما
ليبين ان كل واحدة من المسالتين يحتاج الى اقامة الدليل من الطرفين بطريق الاستبداد فاشبهه
الثمن والاجرة يعني اذا احتمل الجمل او المؤونة من المبيع او الاجرة في الاستئجار واشار اليهما ولا يعرف
مقدارهما يجوز بالاشارة في راس المال قلنا ما ذكرناه من انفساخ عقد السلم على تقدير الرد وعدم
الاستبدال في مجلس الرد لا يلزم هاهنا فان البيع او عقد الاجارة لا ينفسخ برد الثمن وبترك الاستبدال
في مجلس الرد وكذلك الاجرة فافترقا من هذا الوجه وصار كالثوب اذا جعل الثوب راس مال السلم
يجوز وان لم يتبين ذرعانه ولو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي **فان قيل** في هذا اعتبار شبهة
شبهة الشبهة او اكثر وذلك لان وجود نقص راس المال زيوفا فيه شبهة واحتمال لانه يحتمل انه لا يجد
زيفا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل فما يعتبر
هو شبهة الشبهة دون النازل عنها **قلنا** هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبني على وجوده زيفا
فكانت شبهة واحدة فيعتبر والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لما ذكرنا من عدم جواز عقد السلم
في المكيل بمكيال رجل بعينه لتوهم الهلاك ومن فروعه اي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار
راس المال اذا اسلم في جنسين الى ان قال او اسلم جنسين فصورتاهما جميعا مذكورتان في المبسوط اما الاولى
فهي ما اذا اسلم الرجل مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما فلا خير فيه
عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا لنا على ما بينا ان اعلام قدر راس المال فيما يتعلق العقد على قدره
شرط عنده وهاهنا للمائة التي تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا
يكون مقدار راس المال لكل واحد منهما معلوما وعندهما الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد
وجدت واما الثانية فهي ما اذا اسلم دراهم ودنانير في طعام وقد علم وزن احدهما ولم يعلم وزن
الاخر فلا خير فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وجائز عندهما لان اعلام قدر راس المال عندهما ليس
بشرط فالاشارة الى العين تكفي وعند ابي حنيفة رحمه الله اعلام القدر فيما يتعلق العقد بقدره شرط
فاذا لم يعلم وزن احدهما بطل العقد في حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الاخر ايضا
لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر والسلم في المجهول لا يصح ابدا ولهما في الثانية اي في المسالة الثانية
وهي بيان مكان التسليم لا يحتاج اليه عندهما ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم
فيه لان السبب الموجب للتسليم وهو العقد وجد فيه كما في بيع العين فان من باع حنطة بعينها يسلمها
يجب تسليمها في موضع الحنطة لانه ملكها في ذلك الموضع ولان احد البدلين وهو راس المال يجب
تسليمه في موضع العقد فكذلك البدل الاخر لان العقد في حكم مكان التسليم مطلق فيقتضي المساواة
بين البدلين **فان قيل** لو تعين مكان العقد لبطل ببيان مكان اخر كما في بيع العين فانه لو اشترى
كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراها في المصر او خارج المصر اشتراه بكيله
او بخلاف جنسه والمسالة في الذخيرة **قلنا** لا تعين مكانا اخر صار اولى من مكان العقد الذي كان تعينه
بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص ان هذا الشرط يفسد بيع العين لان المشتري يملك العين
بالشراء فاذا شرط عليه حملا ابدا فقد اشترط عليه عملا في ملكه مع ما اشترى العين منه لم يسمي
الثمن بازاء ذلك كله صار مانعا من الحمل اجارة فيصير صفقة في صفقة فيبطل بالشرط الفاسد
ورب السلم لا يملك عينا قبل القبض فيكون النقل الى مكان اخر عملا من البائع في مال نفسه فلا
يصير بازاء العين فلا يصير هذا الشرط صفقة في صفقة فلا يصير فاسدا كذا في المبسوط والاسرار
وذكر في الفوائد الظهيرية **فان قيل** لم قلتم بان في بيع العين يتعين مكان البيع مكانا للتسليم
والدليل على انه لا يتعين ما روي عن محمد رحمه الله في رجل باع طعاما والطعام في السواد فان كان
المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع
مكانا للتسليم لما كان له الخيار ثم قيل انما جوز البيع اذا كانت حرا في الحنطة في بيت واحد
وان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم
في اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه في ابعد الاماكن وهذا كله دليل على ان مكان البيع لا يتعين

[illegible]

مكانا للتسليم في بيع العين فلنا مكان البيع يتعين مكانا للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه والمسلم اليه حاضر في مكان العقد ليكون المبيع حاضرا بحضوره وفي بيع العين اذا كان المبيع حاضرا في مكان البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غائبا يستحق تسليمه في مكانه الذي استحق تسليم الثمن ثم في السلم يستحق تسليم راس المال في مكان العقد ويستحق تسليم ما يقابله في ذلك المكان ايضا لسوية بينهما بقدر الوسع والامكان فيصير بنظر اولا وقات الامكان فيما لا وام يعني ان الجز الاول يتعين بنفس الوجوب لعدم مزاحمة الاخر وان لم يتعين لوجوب الاداء والجمع بينهما من حيث عدم مزاحمة الاخر كالقرض والغصب اي يتعين مكان القرض والغصب للتسليم ولابي حنيفة رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال اي في السلم فلا يتعين بخلاف القرض والغصب وذلك لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم لسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب وذلك لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب والاستهلاك والسلم لا يجوز الا مؤجلا فعرفنا انه لا يستحق التسليم عقيب العقد فيمحال واما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا يدري انه في اي مكان يكون ثم قال ارايت لو عقد عقد السلم في السفينة في لجة البحر ان كان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل والدليل عليه ان مكان العقد لو تعين لتسليم المسلم فيه لم يجز تعيين بالشرط لمكان المبيع في بيع العين فانه لو باع حنطة في السواد بشرط ان يسلمها في المصر لا يجوز العقد ولما جاز ههنا بيان مكان الايفا عرفنا ان موضع العقد غير متعين وصار لجهالة الصفة يعني باختلاف الصفة يختلف القيم فلذلك باختلاف الامكنة يختلف القيم وعن هذا اي وعن اختلاف القيم باختلاف المكان ان الاختلاف فيه اي في المكان يوجب التحالف كما في الصفة اي الاختلاف في صفة الثمن والمثمن يوجب التحالف بان اختلفا في جودته ورداءته وقال في الكتاب في باب التحالف من كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف من كتاب الدعوى الاختلاف في وصف الثمن وجنسه بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده وعندهما يوجب لان تعين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فيجب ان يكون ههنا كذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله لتعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف فكذا ههنا وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة اي هل يشترط بيان مكان ايفا الثمن اذا كان له حمل ومؤنة في ثمن البيع للعين ام لا فعند ابي حنيفة رحمه الله يشترط حتى لو لم يبينا مكان ايفا الثمن يفسد البيع عنده وعندهما لا يفسد وذكر الامام قاضي خان رحمه الله وكذا ايضا في المبسوط وكل شي اسلم فيه وله حمل ومؤنة ولم يبين المكان الذي يوفيه فيه فهو فاسد وما ليس له حمل ومؤنة ولم يسم المكان فهو جائز ويعطيه في المكان الذي اسلم فيه وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وكذلك ما له حمل ومؤنة يجوز السلم فيه فان بينا المكان يتعين ذلك المكان وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وكذلك ما له حمل ومؤنة يجوز السلم فيه فان بينا المكان يتعين ذلك المكان وهو قول ابي حنيفة رحمه الله الاول وهذا الاختلاف في فصول اربعة احدها السلم وهو الذي ذكرناه والثاني اذا باع عبدا بحنطة موصوفة في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الايفا لجواز العقد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يشترط بيان مكان الايفا ومن المشايخ من قال في ثمن البيع لا يشترط البيان عند الكل والصحيح انه على الخلاف لان الثمن في المبايعات كالاجرة في الاجارة والثالث اذا استاجر دارا بما له حمل ومؤنة دينا في ذمته عند ابي حنيفة يشترط بيان مكان الايفا وعندهما يتعين موضع الدار للايفا لا موضع العقد والرابع اذا اقتسما دارا بينهما فاخذ احدهما زيادة على نصيبه وشرط على نفسه مكيلا او موزونا دينا في الذمة له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الايفا وعندهما لا يشترط ومكان تسليم الدابة للايفا يعني اذا استاجر الدابة وحمل عليها مقدارا من الحنطة يجب ايفا الحنطة في الموضع الذي يسلم الاجر الدابة الى المستاجر وما لم يكن له حمل ومؤنة مثل الزعفران وصغار اللؤلؤ فلا يتعين لانه لا يفيد لانه لا يلزمه نقله مؤنة ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة لقيمة واحدة فيما ذكرنا وهو انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وعن هذا قالوا من دفع ماله

خيار الرؤية فيعتبر فائدته فيثبت اذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وحاصله ان رد المسلم فيه لا يوجب
انفساخ العقد لورود خيار الرؤية كان الواجب في ذمته كما كان لان هذا عين ما وجب في ذمة المسلم اليه بعقد
السلم **فان قلت** لما كان المقبوض غير المبيع وخيار الرؤية ثابت في المبيع لا في غير المبيع اشكل على هذا
الاستصناع فان ذلك دين في ذمة الصانع ومع ذلك كان يستحق خيار الرؤية على ما يجيء بعد هذا ذكره
من الوجه بان خيار الرؤية ثابت في المبيع بالنص لا في غير المبيع فلا يثبت فيه خيار الرؤية **قلت**
لا نسلم ذلك بل المعقود عليه في الاستصناع هو العين لا الدين على ما يجيء في مسألة الاستصناع ان شاء الله
تعالى فلذا لا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يستحق خيار الرؤية في المسلم فيه دون راس المال لان خيار الرؤية
او خيار العيب في راس المال لا يفسد السلم لانه لا يمنع ثبوت الملك كذا في التحفة فلو اسقط خيار الشرط قبل
الافتراق في راس المال قائم جاز وانما قيد بقيام راس المال لانه اذا كان هالكا وقت اسقاط الخيار بان انفقه
حتى صار دينا عليه لم يصح العقد باسقاط الخيار لان ابتداء العقد براس مال هو دين لا يجوز فلذلك لا ينقلب
باسقاط الخيار كذا في المبسوط وعند زفر لا يصح وهو نظير ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول
ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقوله واعلام راس المال يشتمل على بيان جنسه ونوعه وصفته
والقدر على تفصيله بان كان موجودا من وقت العقد الى حين المحل فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة
منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل واما في قوله مائة منها دين على
المسلم اليه الثانية لو كانت دينا على الاجنبي والمسألة بحالها يشيع الفساد في الكل على ما يجيء في اخر المسألة
على وجهين اما ان يطلق العقد بان قال اسلمت اليك مائتي درهم في كر حنطة ولم يضف الى الدين ثم جعل
مائة من راس المال قصاصا بالدين وهذا لا يشكل بان الفساد لا يشيع في الكل لان الفساد طارئ والفساد
الطارئ لا يفسد العقد كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان البائع في منعها بالثمن بالحصة
طارئا واما ان قيد بان اضاف السلم الى الدين فقال اسلمت اليك مائتي درهم في كر حنطة مائة
منها الدين الذي لي عليك فكذلك لان الدراهم لا تتعين في العقود لا تتعين اذا كانت عينا فلا تتعين اذا
كانت دينا فلهذا لو اشتري بها شيئا ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد اذا لم يتعين الدين
كانت الاضافة الى الدين والاطلاق فيه سواء **فان قيل** ما ذكرتم منتقض بمسائل ثلاث احدها ان الرجل
اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الكر فهو صدقة في المساكين صدقة فباعه بهما احدث وتلزمه
التصدق بالكر وهذا انه تعين النقود في العقود والثانية ان الرجل اذا باع دينا او تعينه ثم تفسد
الدين قبل ان ينقض العقد حتى اشترى بالدين ثوبا فالبيع فاسد والثالثة اذا باع عينا بدين وهما
يعلمان ان لا دين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان كما جاز في المسألة
الاولى **قلنا** اما الاولى فيعني ان النقود تتعين في العقود اي استحقاقا ولا لاجوازا ولا يلزم لهما
تعين جوازا لا استحقاقا واما الثالثة فلان البيع انما لم يجز هناك لان التهاتر بالبيع لان هذا بيع بلا ثمن
فيكون مهما فيها ثابتا او هي تتعين في حق الجواز وهكذا نقول في المسألة الثانية انتقاض الصرف كالت
الصرف لا لاشتغال العقد الاخر فيختص البيع بلا ثمن فيمتنع للجواز باعتبار التهاتر كذا في الفوائد الظهيرية
ويشكل هذا اذا اسلم مائتين مطلقا ثم قاصصا المائة مما عليه فاما اذا قال اسلمت مائة الدين وهذه
المائة فينبغي ان يبطل العقد فيهما عند ابي حنيفة رحمه الله لان حصة الدين بطل العقد فيها وقد جعل
حصة شرطا في الباقي فيبطل الجميع والصحيح انه لا يبطل فيهما واحد لان العقد لا يتعين بالدين وان قيد
هذا لا يبطل العقد بالتصادق على ان لا دين فكان الدين لا يبطل العقد الا اذا كانا يعلمان عدم الدين
كان فاسدا لانه بيع بلا ثمن هاهنا المائة على ما لو حيث يشيع الفساد انها لست بمال فجمعهما كذا ذكر
الامام المرغيناني رحمه الله وهذا الذي ذكرنا من اصل المسألة هو عندنا وعن زفر رحمه الله ان العقد
في الكل باطل انما في حصة الدين فلانه بيع الكالي بالكالي وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالي بالكالي وهذا فساد
قوي تمكن في العقد فيشيع في الكل ولا اعتبار بالتحصيل بقبول العقد في حصة الدين شرطا لقبول العقد في
حصة العين وهذا شرط فاسد وعندنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم تعتبر النقض في الكل في الدين
والعين جميعا وحقيقة المعنى في العقد انعقد صحيحا في الكل حتى لو نقد جميع الماتين في المجلس كان العقد
صحيحا الا ان العقد لا يتعلق بالدين المضاف اليه وانما يتعلق بجنسه الى اخره كذا في المبسوط ولا يجوز التصرف

في راس المال الا ان قال ولا يجوز الشركة والتولية فصورة الشركة ان يشرك
اخر في المسلم فيه وانه بيع بعض المسلم فيه قبل القبض وصورة التولية ظاهر **فان قيل** فاي فائدة في
تخصيص الشركة والتولية بعد ما ذكر الاعم منهما وهو قوله ولا يجوز التصرف في راس المال
والمسلم فيه قبل القبض **قلت** ان احدا لا يشتري المسلم فيه مرابحة لكونه دينا ولا وضيعة تبرعا
ضررا بل لو اشترى انما يشتريه مثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية او في بعضه
وهو الشركة فلذلك خصهما بالذكر لتصور التصرف فيهما من هذا الوجه ووجدت بخط شيخي رحمه الله
وانما وضع المسألة في التولية لنوع اشكال وذلك بان من العلماء من يجوز التولية في بيع العين قبل
القبض فقال التولية اقامة معروف فانه يولي غيره ما تولى فوضع المسألة فيها ليبين ان ذلك ليس
بشيء لان التولية بيع الا انه بمثل الثمن الاول وقوله في المبسوط ولا يستطيع رب السلم ان يبيع ما اسلم فيه
قبل القبض لان المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز لانه لما بعث رسول الله عليه الصلاة
والسلام عتاب بن اسيد رضي الله عنه قاضيا واميرا قال انههم عن اربعة عن بيع ما لم يقبضوا
وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ولان القبض اصل التصرف من الدين فيبيع
المبيع اذا كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ايضا لعذر في الملك المطلق التصرف اذا كان
دينا اولى وذلك الغرر هاهنا قائم فان الدين يتوى بتوى محله بعني اذا كان المديون مفلسا ولهذا
بطل الحوالة ولا يمتنع المسلم فيه قبل القبض لا يشترك فيه غيره ولا يوليه احدا لان التولية تمليك بما ملك
بمثل الثمن مما ملكه فكما لا يجوز التصرف منه في الكل فلا يجوز في البعض بان جعل لا يجوز بهذا التصرف
منه في الكل يجوز في البعض لا بالجمع بينهما اي المسلم فيه اي لا يأخذ الا المسلم فيه حال بقاء العقد او راس
ماله اي عند الفسخ وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق الثالث ان راس المال اخذ بشبه المبيع
وجه الاستدلال بهما هو ان الاقالة بيع جديد في حق الثالث وهو حق الشرع ههنا والاستبدال بالمبيع من
وجه المعقود عليه لا محالة فيتعين ذلك هاهنا لا محالة الا ان يكون راس المال هو المعقود عليه
او المسلم فيه لا يجوز ان يكون المسلم فيه هو المعقود عليه لان المسلم فيه انعدم هاهنا لان ذلك كان
دينا في ذمة المسلم اليه وقد سقط بالاقالة وقد ذكرنا ان قيام المعقود عليه شرط صحة البيع الى
وقت القبض فلما سقط المسلم فيه هاهنا بالاقالة تعين هلاك المبيع قبل القبض فيبطل الاقالة
حينئذ كما يبطل البيع بهلاك المعقود عليه قبل القبض فيبطل الاقالة حينئذ كما يبطل البيع بهلاك
المعقود عليه قبل القبض وقد صحت الاقالة هنا فلا بد من ان يقال بقيام المعقود عليه وليس ذلك
الا راس المال لسقوط المسلم فيه لانه دين مثله او لان دين راس المال دين مثل المسلم فيه فيعود المسلم
فيه لم يصح ان يكون مبيعا لكونه دينا بالطريق الاولى وذلك لان عقد السلم ابتداء اسلم من كل وجه
وقد صح الدين وهو المسلم فيه لكونه مبيعا فالاقالة التي هي بيع من وجه انه بيع في حق الثالث
لا في حق المتعاقدين وجب ان يصح الدين وهو راس المال لكونه مبيعا اولى الا انه لا يجب قبضه
في المجلس لان راس المال اوجب قبضه في المجلس بعد الاقالة في الاقالة بعد الاستقبال من شبهه
في انه لما ذكر ان الاقالة بمنزلة بيع جديد كانت اقالة السلم بمنزلة بيع السلم في بيع السلم
كان قبض راس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة شرطا فيما بمنزلة راس المال ابتداء واجاب عنه
بهذا وقال لا اشتراط قبض راس المال في مجلس الاقالة وان كان يشترط قبضه في ابتداء عقد السلم
ابتداء لان الاقالة على تاويل بصرف الاقالة او غيرها او ان يصرف الاقالة في كونه مبيعا
ليس في حكم ابتداء عقد السلم لان ذلك بيع من كل وجه فيحقق الكلي وهذا بيع في حق المتعاقدين ولكن من
ضرورة اشتراط القبض في السلم من كل وجه دون وجه وذلك لان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز
عن بيع الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع الكالي بالكالي فلا يشترط
القبض وحاصله ان راس المال بعد الاقالة صار بمنزلة المسلم فيه والقبض ليس بشرط للمسلم فيه
فكذا في حق راس المال في السلم وكذلك راس المال بعد الاقالة صار بمنزلة المسلم فيه من حيث حرمة الاستبدال
عندنا وفيه خلاف زفر هو يقول بعد الاقالة صار راس المال دينا في ذمة المسلم اليه فكما لا يجوز

كانهما حدد اذلك العقد على المعوض وهو معنى قول المتقدمين ان للقبض في باب السلم حكم عقد جديد
وذلك لان المسلم اليه حين عقد عقد السلم صار بايعا دينا فاما يصير بايعا للعين عند اقتضاء رب السلم
الا ان هذا العين حل عين حقه حكما حتى لا يصير مستبدلا اما فيما وراء ذلك فهو كالبايع عند الاقتضاء
لان كل واحدة من هاتين الصفقتين صفقة بشرط الكيل لان المسلم اليه اشترى الكر وهو اشتم لا بعين صغرا
او سنين فقيرا على ما ذكرنا فيكون هذا شرا بشرط الكيل وكذلك عقد السلم لانه اسلم في كر بهذا
هو محمل الحديث على ما مر وهو ما ذكر في الفصل المتصل بان المرابحة والتولية بقوله ومحمل الحديث اجتماع
اجتماع الصفقتين على ما بينا وقوله والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق جواب سوال
مقدر بان يقال ان بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شرى المسلم اليه من بايعه فلا يكون
المسلم اليه بايعا بعد الشرى فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب عنه بهذا وقال نعم
كذلك هو سابق الا انه في التقدير لاحق فيجتمع الصفقتان في التقدير وان لم تجتمع في التحقيق وبيان
الاجتماع ما ذكرنا والدليل ايضا على ان للقبض في باب السلم حكم عقد جديد ما قال في الزيادات
لو اسلم الى رجل مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم
الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
وانما يكون كذلك اذا جعل عند القبض كانهما جددا العقد عليه واذا صار المسلم اليه بايعا
من رب السلم وجدت الصفقتان بشرط الكيل فيستحق على رب السلم كيلان كيل لصفقة جرت من المسلم
اليه وبايعه وكيل لصفقة جرت بين المسلم اليه ورب السلم بعد شرى المسلم اليه من بايعه وان جعل
عينه ان هذا للوصل اي وان جعل المعوض عين الدين في حق حكم خاص اي دعت الضرورة الى جعل
المعوض عين الدين لئلا يتحقق الاستبدال فيجعل عينه لتلك الضرورة فاما في الحكم الذي لا ضرورة فيه
نعمل بالحقيقة وهي ان العين غير الدين حينئذ يتحقق البيع عند الشراء اي يتحقق بيع المسلم اليه من رب
بعد شرى المسلم اليه من بايعه وان لم يكن سلما وكان قرضا اي لو كان مكان المسلم فيه مستقرضا
يعني اذا استقرض كرا من الغير ثم امر المقرض بقبض ذلك الكر جاز ويكتفى بكيل واحد لان القرض
اعارة لانه لو لم يكن كذلك يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة فهو ربا ولهذا لا يلزم التاجيل في القرض
لان التاجيل في العواري لا يلزم فيكون المعوض عين ما في ذمته حكما فلا يتحقق الصفقتان حكما
بشرط الكيل وذكر الامام قاضي خان رحمه الله فاما اذا كان احد الدينين قرضا بان كان على الرجل
كر من سلم فاستقرض المسلم اليه كرا من رجل وامر رب السلم بقبضه من المقرض ايضا او كان على الرجل
كر قرض فاشترى المستقرض الى اجر لما ذكرنا يكتفي بكيل واحد ثم قال والفرق بين الكيل والسلم
ان عقد السلم يوجب الكيل والقرض لا يوجب الكيل لانه عقد مساهلة والتفاوت اليسير لا يفضي
الى المنازعة ولهذا لو استقرض من انسان حنطة على انها عشرة اقفزة كان له ان يتصرف فيها قبل الكيل
فيكتفى بكيل واحد ولذلك لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة او استفاد من ارضه او ميراث او هبة
او وصية واوفاه رب السلم وكاله بحضرته يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد وهو
السلم فيفعل وهو غايب اي فكان المسلم اليه الكر في غرائر رب السلم ورب السلم غايب لم يكن قبضا
حتى لو هلك يهلك من مال المسلم اليه هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام رب السلم فاما اذا كان
في الغرائر طعام رب السلم فكان له فيه بامر فيصير قابضا لما ذكرنا ان امره غير معتبر في ملك
الغير قال رضي الله عنه والاصح عندي انه يصير قابضا هاهنا لان امره بخلط طعام السلم بطعامه
على وجه لا يمكن التمييز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضا وهو مثل ما ذكر في كتاب الصرف لو دفع الى صايغ
نصف درهم وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي منها خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا
له كذا في المبسوط ولو كانت الحنطة مشتراة ثم انه لو اشترى حنطة بعينها ودفع غرائر الى البايع وقال
اجعلها في غرائري ففعل والمشتري حاضر او غايب يصير قابضا والفرق ان في شرى العين امر المشتري
بالكيل صادف ملك نفسه لانه ملك الطعام بنفس العقد فصح الامر واذا صح الامر صار البايع وكيلا
في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيه يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغرائر
للبايع روي عن محمد رحمه الله انه لا يصير قابضا اما في السلم امر رب السلم بالكيل صادف ملك نفسه

[illegible]

كانها

[illegible]

لانه ملك الطعام بفسخ العقد فصح الامر واذا صح الامر صار البائع وكيلا في امساك الغرائر فيقبض
الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيه يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغرائر للبائع روي عن محمد رحمه
الله انه لا يصير قابضا اما في السلم امر رب السلم بالكيل صادف ملك المسلم اليه لان المسلم فيه دين
وانما يتعين بالاستيفاء فلم يصح في حق المسلم اليه عاملا في ملكه لنفسه ويصير مستعيرا للغرائر فلا يصير
رب السلم قابضا الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين اي الدقيق في السلم للمسلم اليه ولا يصير رب
السلم ان يقبضه لانه حينئذ يصير مستبدلا كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله وهذا
مكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح هذا احتراز عما قيل بانه لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن
النبي عليه الصلوة والسلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري
لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري اي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري
كان هذا جواب اشكال بان يقال ان البائع مسلم فكيف يكون مسلما قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبض
لان العارية تبرع فلا يتم الا بدون القبض فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض ولو اشترى حنطة
بعينها وخلى البائع بينها وبين المشتري في بيت البائع فعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يصير قابضا وفي الب
وعلى قول محمد رحمه الله يصير قابضا كذا في الفوائد ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري اي اخرى صورته
رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى رب السلم كر حنطة اخرى بعينها من المسلم اليه ودفع المشتري وهو
رب السلم الغرائر الى المسلم اليه وهو البائع لان يكيل المسلم اليه هذا الكر المسلم فيه والكر المشترى في تلك
الغرائر والحال انه حاضر اما ان يكيل الكر المسلم فيه وهو المراد بالدين اولا في الغرائر ثم يكيل الكر المشترى وهو
المراد بالعين صار قابضا اي ان بدأ البائع وهو المسلم اليه يكيل الكر المشترى في الغرائر ثم يكيل الكر المسلم
فيه على ذلك الكر المشترى صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين اي اما صحة قبض العين وهو الكر المشترى
لان الامر قد صح وكان فعل المامور منه الامر فيصح امره في ملكه فيصير قابضا بوصول المامور واما الدين ا
واما صحة قبض الدين وهو الكر المسلم فيه لانه لما صبه على الكر المشترى صار هو متصلا بملك المشتري
فيصح القبض بمثله على ما ذكر في الكتاب وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اي وان بدأ المسلم اليه بكيل المسلم
فيه اولا في غرائر رب السلم ثم يكيل المسلم فيه عليه لم يصر المشتري قابضا لهما اما الدين اي اما عدم
صحة قبض الدين فلعدم صحة الامر لما ذكرنا انه لم يصادف ملك الامر لان حق رب السلم في الدين
لا في العين وهذا عين فلا يكون فعله كفعل الامر بذلك فلا قابضا لذلك وهذا الخلط غير مرضي به
هذا جواب سؤال مقدر ذكر ذلك السؤال في الفوائد الظهيرية وقال فان قيل الخلط حصل باذن
المشتري فينبغي ان لا ينتقض البيع قلنا ان الخلط على هذا الوجه لم قلت بانه حصل باذن المشتري بل الخلط
على وجه يصير الامر قابضا حصل باذنه وهو ما اذا بدأ بالعين وحمل الامام قاضي خان رحمه الله ما ذكر
من جواب الكتاب قول محمد رحمه الله فقال في قول ابي يوسف رحمه الله اذا كان الدين اولا ثم كان العين
بعده صار قابضا للدين ضرورة اتصاله بملكه كما لو قال العين اولا ثم الدين وعند محمد رحمه الله ان
كان العين اولا يصير قابضا لهما وان كان الدين اولا يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما كان الدين
اولا لم يملكه المشتري وهو على ملك البائع وصار مستعيرا امر المشتري فاذا كان العين بعده فقد
خلط ملك البائع ملك المشتري بملك نفسه بلا امر الا في الدين وانما يصير قابضا العين في هذه الصورة
لانه ما خلط صار مستهلكا العين باذنه بخلاف الصورة الاولى فانه كان العين اولا صار العين
مسلما الى المشتري فاذا كان الدين بعده فقد خلط الدين بملك المشتري فيصير المشتري قابضا
كما لو استقرض كر من طعام وامر المقرض بان يزرعه في ارضه يصير المستقرض قابضا ولو دفع الى
خاتما يعني لو دفع خاتما او دينارا الى الصائغ وامره بان يزيد من عنده نصف دينار ويصوغ له حلية
بذلك الخاتم ويصير قابضا للنصف بحكم اتصاله بملكه فان قيل يشكل هذا بالصباغ فانه اذا صبغ
الثوب بعدما استوجر عليه فالمستاجر وهو صاحب الثوب لا يصير قابضا مع وجود هذا الاتصال
فلم صار قابضا فيما نحن فيه باعتبار قلنا المعقود عليه في الاجارة الفعل وهو الصبغ لا العين
وهو الصبغ لان العين لا يستحق بالاجر بعقد الاجارة والفعل اعني الصبغ لا يجاوز الفاعل ولا يتعداه
لانه من قبيل الاعراض والاعراض لا انتقال لها عن محالها فلم يكن المعقود عليه متصلا بالثوب فلا

حنث به وحلفه لانسلم بعد ما اتفقا في عقد واحد واختلفا في جوازه وفساده فكان القول للمدعي
الجواز **فان قيل** هذا العقد الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة
عشرة فالقول للمضارب ولم يقبل بما اختلفا في نوع العقد **قلنا** هذا لا يلزم لان المضارب يدعي
المضاربة والشركة الا ان رب المال اقر له بذلك لما قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة
يدعي فساد العقد بعد ما اقر له بالجواز لان قوله وزيادة عشرة معطوف على قوله شرطت لك نصف
الربح واول الكلام لا يتوقف على وجوده لمن قال انت طالق وطالق لغير المدخول بها بخلاف ما لو قال
الا عشرة لان هذا استثناء واول الكلام مما يتوقف على الاستثناء وذكر الامام قاضي خان رحمه الله وابي
حنيفة رحمه الله انهما اتفقا على عقد واحد واختلفا في الصحة والفساد يكون القول قول من
يدعي الصحة كالمتبايعين اذا اختلفا فادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول
قول من يدعي النكاح بشهود بخلاف مسالة المضاربة لان ثمة ما اتفقا على عقد واحد لان المضاربة
اذا صحت تكون شركة واذا فسدت كانت اجارة فان كان الظاهر من حاله ان لا يباشر الفاسد لا يكون
الظاهر من حاله انه لا يباشر العقد الاخر ولا يلزم على ما قلنا اذا اختلف في النكاح فقال الزوج
تزوجتك حال ما كنت صغيرا وقالت المراة تزوجتني بعد البلوغ فان القول قول
الزوج وان كان فيه فساد العقد لان ثمة ما اقر بالعقد بل انكر العقد حيث اسنده الى حالة عدم
الاهلية لانه ليس بلازم اي لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال والمضارب
متمكن من فسخه بعد عقد المضاربة واذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين واذا
ارتفع العقد بالانكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال والقول قول المنكر وهو رب السلم
لعقد لازم فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع العقد عند رفع المتعاقدين معا فلما كانت
كذلك كان مدعي الفساد متعنتا لانه لا فائدة في انكاره فكان قوله مردودا فان خرج خصومة
بان ادعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره يقال رقعة هذا الثوب اي جودته يراد غلظه
وكثافته وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا وذكر في المبسوط واذا اسلم في الحرير
ينبغي ان يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض
مع الوزن لان المسلم اليه ربما ياتي وقت حلول الاجل بقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقينا
انه لم يرد به قطع الحرير واما في الثياب فلا يشترط الوزن وذكر في الذخيرة قال بعض مشايخنا
رحمهم الله ولا شك ان بيان الوزن في الكرباس ليس بشرط لان الكرباس لا يختلف باختلاف الوزن
وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الحرير كما ذكر في المبسوط ثم قال وفي المنتقى
اذا باع ثوب حرير بثوب حرير بايديهما لا يجوز الا وزنا بمثل الحرير فيه اي لا يجوز لان الجواز حرير وان
استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا اعلم ان صورة الاستصناع هي ما ذكره شيخ الاسلام
رحمه الله في الجامع الصغير وقال صورته ان يجيء انسان الى احد فيقول اخرز لي هذا صفته كذا وقدره
كذا وكذا بكذا وكذا درهما ويسلم له الجميع او لا يسلم او يسلم بعضه وانما لا يجوز الاستصناع فيما
للناس فيه تعامل للاجماع الثابت بالتعامل لانه بالجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف في انه
بيع او عدة **فان قيل** يشكل هذا الاستدلال على الجواز لتعامل الناس مسالة المزارعة على قول
ابي حنيفة رضي الله عنه فان المزارعة المتقابلة فاسدة عنده وان كان للناس فيها تعامل **قلنا**
لا كذلك فان الاختلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام
قاضي خان رحمه الله وفي القياس لا يجوز لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم وبيع المعدوم لا يجوز
لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند الانسان هذا في حكم بيع العين فلو كان موجودا
غير مملوك للعاقد لم يجز بيعه فاذا كان معدوما اولى ولكنا تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك
فانهم تعاملوه من عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام الى يومنا هذا من غير نكير منكر وتعامل
الناس من غير منكر اصل من الاصول لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا
فهو عند الله حسن وقال لا تجتمع امتي على ضلالة وهو نظير دخول الحمام باجر جائز لتعامل الناس
وان كان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهولا وكذلك شرب الماء من السقاء بفلس والحجامة

بالاجر جائز لتعامل الناس وان كان ما اشترط او ما يصنع من الملائه على ظهره غير معلوم وفي
الحديث ان النبي عليه الصلاة والسلام استصنع خاتما واستصنع منبرا واذا ثبت ترك كل قياس
مقابلته وان كان للحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطي اذا كان مفروغا
عنه ولهذا ثبت الخيار لكل واحد منهما والاصح انه معاقدة فانه اجرى فيه القياس والاستحسان والمواعيد
تجوز قياسا واستحسانا كذا في المبسوط وذكر صدر الاسلام في الجامع الصغير رحمه الله ثبوت الخيار
لكل واحد منهما لا يثبت انه ليس ببيع الا ترى ان اثنين لو تبايعا عرضا بعرض وكل واحد منهما ما اشترى
فله الخيار وهو بيع محض وقوله لا عدة نفي لقول الحاكم الشهيد رحمه الله كما ذكرنا والدليل على انه معاقدة
وبيع لا مواعدة من وجوه احدها جريان القياس والاستحسان كما ذكرنا والثاني انه فصل في جوازه بين ما
للناس فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه ولو كان مواعدة كان في الكل والثالث انه اثبت فيه خيار الرؤية
وخيار الرؤية انما يكون في البيع والرابع تسمية محمد رحمه الله لذلك شرا فقال كان المستصنع اذا راه بالخيار
لانه اشترى ما لم يره بعد سماه شرا والخامس انه اقتضى للاجر فانه يملكه ولو كانت مواعدة لا معاقدة
لكان لا يعتبر الاجر ملكا له كذا في الذخيرة والمعدوم قد يعتبر موجودا كالناسي للتسمية عند الذبح
وكذلك الطهارة للمستحاضة تجعل موجودة لعدم جواز الصلاة لئلا تتضاعف الصلاة عليها فالتسمية
والطهارة معدومتان حقيقة جعلتا موجودتين لما ذكرنا ان الموجود حقيقة تجعل معدوما للعذر كالماء
المعد لدفع العطش تجعل معدوما حكما حتى جاز التيمم بوجوده حقيقة فكذلك هنا المستصنع معدوم تجعل موجودا
حكما للتعامل والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء الصانع بالمستصنع لا من صنعته او صنعة الصانع
قبل العقد بالصفة يجبر الآمر على القبول لكن ان المعقود عليه العين لا العمل وهذا نفي قول ابي سعيد البردعي
رضي الله عنه البردعي فانه يقول المعقود عليه العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية
العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والاديم فيه منزلة الالة للعمل لكن الاصح ان المعقود عليه المستصنع
فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف فان المعقود عليه هو المستصنع فيه والدليل عليه ان محمدا رحمه الله قال
اذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى شيئا لم يره وخيار الرؤية انما يثبت في بيع العين فعرفنا
ان المبيع هو المستصنع فيه كذا في المبسوط **فان قيل** لو كان بيعا لما بطل بموت الصانع او المستصنع وذكر
الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير يبطل الاستصناع بموت احدهما والسلم لا يبطل بموتهما
وكذا سائر البياعات **قلنا** الاستصناع يشبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل ويشبه
بالمبيع من حيث ان المعقود فيه عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالمبيع
~~من حيث ان المعقود فيه عين وهو المعقود~~ اجرينا القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم يوجب
تسليم تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين وذكر في الذخيرة وينعقد الاستصناع اجارة ابتداء
بيعا انتهاء متى سلم ولكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا بان الصانع اذا مات قبل تسليم
العمل بطل الاستصناع ولا يستوفى المصنوع من تركته فلو انعقد بيعا ابتداء لما بطل بموته كما في بيع
العين والسلم وقال محمد رحمه الله اذا فرغ الصانع كان المستصنع بالخيار لانه اشترى شيئا لم يره
ولو انعقد اجارة ابتداء وانتهاء لم يكن له خيار الرؤية كما في الخياط والصباغ ولو كان ينعقد عند
التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يثبت في الرؤية المرئي والمعنى في ذلك ان المستصنع
طلب منه العمل والعين جميعا فلا بد من اعتبارهما جميعا واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذر لان بين
الاجارة والبيع تنافيا فجوزناه اجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الاجارة ويمنع انعقاد
البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الشبهين حظهما كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض اعتبرناها
تبرعا في الابتداء عملا باللفظ وبيعا انتهاء عملا بالمعنى فكذا هنا فلما كان بيعا انتهاء اوردها محمد رحمه الله
في كتاب البيوع **فان قيل** لو كان ينعقد الاجارة لكان الصانع يجبر على العمل ويجبر المستصنع على اعطاء
الدراهم كما في باب الاجارات ولو اتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العقد لزم الصانع كما لزمه بالاستصناع
ولو انعقد اجارة لا يستحق عليه العمل بعد العقد الروايات في لزوم الاستصناع وعدم لزومه
مختلفة روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما ان الصانع لا يجبر على العمل بل يخير ان شاء فعل
وان شاء لم يفعل وان اتى الصانع بالمصنوع لا يجبر المستصنع على القبول فوجه ذلك اما الصانع

فلانه

فانما لم يجبر على العمل وان كان ينعقد اجارة لانه لا يمكنه العمل الا باتلاف العين وفي الاجارة تنفسخ بهذا
العذر الا ترى ان المزارع له ان يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته وترك الارض لذلك [illegible]
المعنى في هذه الاجارة الا باتلاف عين وكذلك لو استاجر رجلا ليقطع [illegible] اكله كان له
ان يمتنع من ذلك هذا ولا يجبر المستصنع على اعطاء الدراهم وان شرط تعجيلها لان هذه الاجارة والاجرة
[illegible] ما لم ير ومن اشترى شيئا لم يره كان له ان يفسخ العقد ولا يعطي البدل والامر جواز الاستصناع بعد
القياس لحاجة الناس [illegible] في الجواز لا في اللزوم وعن هذا قلنا ان للصانع ان يبيع المصنوع قبل
ان يراه المستصنع لان العقد ليس بلازم فاذا راه ورضي به ليس له ان يبيعه لان الصانع [illegible]
سقط خياره [illegible] العقد من جانبه فاذا رضي المستصنع اثبت اللزوم [illegible] ايضا وقال ابو يوسف
رحمه الله [illegible] الخيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على [illegible] ويجبر المستصنع على القبول اما الصانع [illegible] العمل
يجبر عليه واما المستصنع فلانه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع لانه عسى لا يشتريه غيره
[illegible] الا بثمن [illegible] دفعا للضرر عن الصانع واما
قوله ولو ان مصنوع صنعه قبل العقد لم يجبر على العمل **قلنا** المقصود من العمل المعمول فاذا سلم
المعمول سقط عنه العمل هذا كله من الذخيرة ولا يتعين الا باختيار المستصنع وقوله
وهذا اقل هو الصحيح [illegible] قوله انه يجوز بيعا لا عدة وقوله والمعقود عليه العين لا العمل وقوله
لا يتعين الا باختياره لما ان في كل منهما قولا اخر وقد ذكرناه وقوله والخيار الى المستصنع [illegible]
ولا خيار للصانع هذا مخالف لما ذكرنا من رواية الذخيرة في رواية ابي يوسف رحمه الله عن ابي
حنيفة رحمه الله ان الصانع لا يجبر على العمل بل يخير ان شاء عمل وان شاء لم يعمل وكذا ذكره الامام
قاضي خان رحمه الله هذه الرواية من غير خلاف فقال واذا كان عقدا كان للمستصنع خيار الرؤية
في ظاهر الرواية لانه اشترى ما لم يره وهل للصانع خيار ان لا يعمل ذلك لانه لا يمكن من العمل
الا باتلاف المال وهو قطع الاديم ونحوه ولا يجبر على ذلك كما لو اخذ ارضا مزارعة على ان البذر من
قبل العامل فانه لا يجبر على العمل وقوله الا بضرر اي باتلاف شيء هو عين وهو قطع [illegible]
كاتلاف الخيط في الخرز **فان قيل** قطع الصرم وعين وان كان ضررا لا يصير ضررا في حق الصانع لانه
ضرر مرضي في حقه **قلنا** جاز ان يكون رضاه بسبب ان المستصنع يجبر على القبول فلما علم
ان المستصنع مختار في القبول لا يرضى حينئذ بقطع الصرم اما الصنعة فلما ذكرنا لنفي خيار الصانع
لما ذكرنا ان الاستصناع يجوز بيعا لا عدة والبائع اذا باع شيئا لم يره لم يكن له الخيار لانه لا يشتري
عين مثله [illegible] اصلا كما لو استصنع منبرا من بعض الناس عليه فالقاضي لا يخيره
اصلا فلذلك لم يجعل للمستصنع خيار الرؤية كما في السلم خيار الرؤية ولكن هذا غير ظاهر الرواية
وقال في المبسوط ولا فرق في ظاهر الرواية بين هذا والسلم وقال لا فائدة في اثبات الخيار في
السلم لان المسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان وها هنا اثبات
الخيار مفيد لان المبيع عين فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه راس ماله ويوضح الفرق ان اعلام
الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف في السلم فيه مقام الرؤية في بيع العين
فاما اعلام العين فتمامه بالرؤية والمثل فيه مبيع عين فبهذا يثبت خيار الرؤية ولا يجوز فيما
لا تعامل فيه كالثياب فانه اذا امر نساجا ان ينسج له ثوبا من غزل بنفسه لا يجوز فانه لا تعامل فيه
وانما قال بغير اجل وهو قوله في اول المسالة في الاستصناع وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل
لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله وانما قيد بقوله فيما فيه
تعامل احترازا عن ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه كالثياب فانه يصير سلما بالاتفاق على ما ذكر
في الكتاب ثم المراد بضرب الاجل ما هو المراد من ضرب الاجال التي تضرب في السلم فقال في المبسوط
هذا اذا ذكر المدة على سبيل الاستمهال اما اذا كان على سبيل الاستعجال بان يقال على ان تفرغ
عنه غدا او بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتاخير المطالبة بالتسليم
الا ترى انه ذكر اداه في مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل وحكي عن الهندواني رحمه الله ان كان ذكر المدة
من قبل المستصنع فهو على الاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من الصانع هو الذي يذكر المدة فهو

ان يفرق بين المذكر والمؤنث كمليم وعليمة الا انه قد يشبه فعل بمعنى فاعل بفعل بمعنى مفعول فلا فرق
بينهما قولهم ملحفة جديد وهذا ملحق به فكان شيقا اي فكان جواز البيع مستقيما ولنا انه نهى عليه الصلاة
والسلام عن بيع كلب الا كلب صيد **فان قلت** المدعى جواز بيع جميع الكلاب المعلم وغير المعلم وهذا
الحديث يقتضي جواز بيع الكلب للصيد والماشية لا غيرهما فما وجهه **قلت** ايراد الحديث لابطال مذهب الخصم
لا اثبات المدعى فان الخصم يدعي عدم شمول عدم الجواز في انواع الكلاب كلها فثبت بهذا الحديث ان شمول
عدم الجواز في انواع الكلاب كلها غير ثابت واما اثبات المدعى فبحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو
بن العاص رضي الله عنهم انه قال قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام في كلب باربعين درهما وذكره مطلقا
من غير تخصيص انواع الكلاب في التضمين وتضمين المتلف دليل على تقوم المتلف او يقول المدعى جواز بيع الكلب
المعلم وغير المعلم سوى العقور فثبت ذلك بهذا الحديث وذلك لان جوامع الكلب بقوله الا كلب صيد وجواز
بيع الكلب غير المعلم بقوله او ماشية لان كل كلب صلح لحراسة الماشية اذ من عادة الكلاب نباحها عند
حس الذئب والسارق الا في العقور فيجب المستثنى منه ولانه منتفع به حراسة فكان مالا فيجوز بيعه وهذا
لان محل البيع مال متقوم وكذلك المضمون بالغصب والكلب مال متقوم مثل الفهد لان المال اسم ليمين
بالاستيلاء هو الذي خلق لمصالح الادمي مما في البر والبحر لان الله تعالى يقول هو الذي خلق لكم ما في الارض
جميعا اضاف الينا بلام التمليك فدل انها في الاصل خلقت مملوكة لبني ادم والملك يثبت بالاحراز والقيمة
فان الصيد يقبل الاحراز الا يكون مملوكا وما لا يتمول من الاملاك كحبة حنطة وشربة ماء من المياه وكف تراب
لا يتقوم لانه لا يتمول ولان الكلب يورث ويوصى به فيصح وغير الملك لا يورث ولا يصح به الوصية فلذلك الخمر
لا يتقوم لان الشرع نهانا عن تمولها فنفسد التمول شرعا وانعدم حكما وان وجد حقيقة واذا ثبت هذا
والكلب كان مالا وملك بالاحراز ثم تمول به صحيحا لان الشرع اباح الانتفاع به لما جعله آلة الاصطياد
فصح التمول باباحة الشرع فيثبت حكمه وهو القيمة وقولنا ان الاصطياد دل على هذه المعاني لان آلة الصيد
غير الصائد والادمي صائد فيدل على اباحة المنفعة والانتفاع **فان قيل** الكلب ممسك للانتفاع
بمنافع لا لعينه كالادمي ينتفع بمنافعه لا لعينه كالادمي ينتفع بمنافعه بالاجارة ولا يدل على ان عينه مال
قلنا ان الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يوجد والمنفعة
وحدها لا يورث فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب وجميع ما لا يؤكل عينه ولا يتلف الا
بالانتفاع بمنافعه دل عليه ان ما جعلناه دليلا على انه غير محرم العين فان ما حرم عينه لم يجز الانتفاع
به كالخمر والخنزير وغيرهما وهذه الاموال المخلوقة لنا لا تبطل قيمتها مع قيام التمول الا بتحريم الشرع واذا ابيح
التمول لضرب منفعة صح التمول وثبت حكمه وهو القيمة **فان قيل** شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة ويجوز بيعه
قلنا ان الخنزير محرم العين شرعا لا يباح امساكه لمنفعة بوجه فيثبت الحرمة في كل جزء منه من الشعر والعظم
وكل شيء وسقطت القيمة ثم الاباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة عن اصله فيما عدا الضرورة كما
كاباحة لحمه حالة الضرورة لا يدل على صحة التمول وجواز البيع اما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق ثم اباحة
لضرورة لتبقى وراها على التحريم هذا كله من الاسرار والحديث محمول على الابتداء فانه روي عن ابراهيم
رضي الله عنه انه قال روي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام انه رخص في ثمن كلب الصيد فيذكر
الرخصة يتبين انتساخ ما روي من النهي وهذا لانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم
تؤذي الضيفان والغربا فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا
للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب وهو كلب الصيد
والحرث والماشية ثم انه منتفع به في حال الاختيار ويجوز تمليكه بغير عوض في حالة الحياة بالهبة وبعد
الموت بالوصية فيجوز تمليكه بالعوض ايضا وبهذا يتبين انه ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو
نجس العين لا يحل في حالة الاختيار كالخمر ولا يجوز تمليكه قصدا بالهبة والوصية كذا ذكر هذه المسالة
في باب الصيد من المبسوط **قوله** رحمه الله ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كما في السرقين فان
عندنا يجوز بيع البعر والسرقين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه نجس العين بمنزلة العذرة ولنا انه
مال منتفع به عند الناس من غير نكير واما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا اخلطت بالتراب فحينئذ جاز بيعها
كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله في شرح الجامع الصغير فانه ليس بمال عندنا اي ليس بمال متقوم ولانه

[illegible]

مكلفون بالايمان وبموجب المعاملات وذكر في المبسوط ولا يجوز بين اهل الذمة شي من بيوع الربوا
وغيرها الا ما يجوز من اهل الاسلام ما خلا بيع الخمر والخنزير فاني اجيز ذلك بينهم واستحسن ذلك لانا نهينا انولا
في حقهم بمنزلة ما كانوا مكلفين بهذه الاشيا كانوا محتاجين الى ما سعى به الانفسهم كما في حق المسلمين ولا
نفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشيا الا بما شرع الاسباب المشروعة وم
تلك الاسباب المشروعة البيع فيجب ان يكون البيع مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين ليتمكنوا من
ابقاء انفسهم ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك درهم من الثمن سوى الالف
الى آخره صورة المسالة هي ما ذكر الامام المرغيناني والامام الكشاني رحمهما الله وعلى ان يطلب انسان
اخر شرى عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجي آخر
لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فبقول
صاحب العبد بعت ويكون قوله جوابا للكل وذكر فخر الاسلام رحمه الله واصل ذلك ان اصل الثمن لم
يشرع بغير مال يقابله فاما حصول الثمن فيستغني عن ذلك ويجوز ان يقابله لشبهة المال لا حقيقة
الا ترى ان من باع عبدا بالعبن وقيمته الف ان الالف الزايد لا يقابله مال الا تسمية وصار العقد
ذلك بمنزلة بدل الخلع باصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك اعني غير المراة فكذلك هنا ان
من الثمن فقد وجد صورة المقابلة وان لم يقل من الثمن لا يوجد صورة المقابلة ولا معناها وقال
التمرتاشي رحمه الله في قوله وقال لغيره بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فباع
البيع للمشتري بالف وخمسمائة على الاجنبي لانه يحتمل زيادة في الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو ادى
البايع له ان ينقض العقد وليس للبايع ان يحبسه لاجل الخمسمائة ولو اراد المشتري ان يبيعه مرابحة
بيبعه على الف **قوله** رحمه الله وان كانت دارا فللشفيع ان ياخذها بالف ولو تقايلا البيع فلا
ان يرد الخمسمائة على البايع وفي قياس قول ابي يوسف رحمه الله لا فان لم يبع حتى نقل سبعى ان ... المشتري
وكذا لو رده بعيب بغير قضاء لا يسترد ولو ضمن الاجنبي بامر المشتري وما في المسالة بحالها فالزيادة
واجبة في حق المشتري وللبايع ان يحبس العبد حتى يحصل اليه الف وخمسمائة لانه لما ضمن بامر المشتري
كان الضمين ان يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشتراه بالف وخمسمائة وله ان يبيعه مرابحة على
لان المرابحة تكون بما قام عليه وللشفيع اخذها ولو اراد المشتري رده بالعيب بقضا او بغير قضا
او تقايلا فالبايع يرد الالف على المشتري والزيادة على الضامن وذكر الامام المحقق شمس الايمة
رحمه الله الفرق بين المسالتين من وجهين فقال في المسالة الاولى ضمن الاجنبي الخمسمائة وصير نفسه
زعيما حيث قال فاني ضامن عليه بخلاف ما اذا قال بعه من فلان بالف درهم على اني ضامن لك
ولم يقل من الثمن فباعه بالف درهم فان البيع جايز بالف ولا شي على الضمين لان هناك رشاه من
ما يسمي من المال لا الرشوة حرام ثم لا يلتزم بالضمان ثم تحقيق هذا الفرق من وجهين احدهما ان البيع
يوجب الثمن فاذا قال من الثمن فانما جعل الخمسمائة على نفسه مستحقا للبايع بالالتزام ابتدا لا
وذلك رشوة التزمها ليحصل المقصود الثاني انه اذا قال من الثمن فقد صار مضيفا بالالتزام
ما بعد البيع لا وجوب الثمن يكون بعد البيع واذا لم يقل من الثمن كان التزاما منه في الحال شرطا
يبيعه منه بالف درهم وذلك منه غير صحيح **فان قيل** كيف يجب شي من الثمن عليه بالبيع ولم يدخل
ملكه شي من المعقود عليه **قلنا** التزام الثمن بالبيع مقصودا لا يكون الا ممن يدخل المبيع في ملكه
واما تبعا فقد يكون في غير من يدخل المبيع في ملكه وهذا حق زيادة المشتري الزيادة في الثمن وهي
لا يملك بمقابلة هذه الزيادة لان المبيع صار مملوكا له كله بالثمن الاول ولكن لما كانت هذه الزيادة
ثمنا تبعا ثبت وان لم يملك بمقابلتها شيا ولذلك ها هنا القايل لما التزم خمسمائة ثمنا تبعا **فان**
قيل لو ثبت هذه الخمسمائة ثمنا لوجب المطالبة بها على المشتري من الضامن فيكون متحملا عنه ولم
لا يطالب بها **قلنا** لم لا يطالب بها لانه لم يلتزمه وانما يطالب بها من التزمه ويكون الثمن في حق
لا في حق من لم يلتزمه لما ذكرنا ثبوت الحكم بحسب السبب وهو كالرجل يقول لفلان على فلان الف درهم وانا به
كفيل وانكر الاصيل ذلك فان الكفيل يصير مطالبا بالالف ولم يصر الاصيل مطالبا منه بشي له
المعنى وذكر في الفوايد الظهيرية سوالا وجوابا بوجه آخر فقال وان قيل وجب ان لا تصح الزيادة

الثمن من الاجنبي فان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة لانها لا يجوز من الاجنبي
اولى لانها لا تصح الا بمقابلة **قلنا** ذكر الفقيه ابو بكر الخصاف رحمه الله عن الشيخ ابي الحسن رحمه الله انه اورد هذا
السوال ومنع وقال يجوز ان يكون اصل الثمن على الاجنبي والملك لغيره كما يجوز الزيادة من الاجنبي وقال وذلك لا
يعرف وهذا رواية منصوص عليها من اصحابنا رحمهم الله بخلاف ما قلنا فلنا ان البيع يقبل هذا لاحتاج الى
العوض ثم قال الخصاف هذا البيع الذي سمعته الكرخي رحمه الله مما يتحقق ذلك لان عن اصحابنا رحمهم الله روايا
وهنا ان محمدا رحمه الله ... في كتاب الصرف وعبن ان من اشترى شيا من انسان على ان يعطيه هذا الشيا
عبد محمد رحمه الله لانه شرى بشرط ان يكون تسليم الثمن على غير المشتري والمقبض لغير ... لما كان الشرا
بشرط ان يكون الثمن على غيره باطلا لان يبطل الشرا اذا كان بشرط وجوب الثمن والتسليم على غير المشتري
اولى واذا كان كذلك لم يكن بد من الفرق والفرق ان القياس يابى جواز الزيادة في الثمن من الاجنبي لانها
بدل المال المعاوضة من غير ان يحصل بازايه عوض وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن الا انا تركنا القياس
بالنص الوارد بجواز قضا الدين من الاجنبي تبرعا وهو حديث ابي قتادة الانصاري رضي الله عنه حيث
امتنع النبي عليه الصلاة والسلام من الصلاة على رجل من الانصار لما كان دين عليه وقال ابو قتادة الانصاري
رضي الله عنه هو علي يا رسول الله وفي رواية قال هو علي فصلى عليه النبي وذلك القضا منه بدل
المال عوضا عن دينه من غير ان يحصل عوض بازايه والزيادة كذلك كالزيادة في الثمن والزيادة من الاجنبي
في الثمن بمعناه فكانت ملحقة به واصل الثمن ليس في معناه لانه ... فلا يلحق به ... **قلت**
شمس الايمة الزرنجري والامام فخر الاسلام رحمهما الله لم يستدلا في جواز التزام الزيادة من الاجنبي بهذا الحديث
حديث ابي قتادة رحمه الله ورضي عنه فينبغي ان يجوز من الاجنبي التزام اصل الثمن ايضا كما يجوز التزام الزيادة
الثمن لان حكم الحديث لا يفرق بينهما وبالاتفاق ان اصل الثمن لا يجوز منه وان حكم الحديث انما كان
بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي يجوز وقت العاقد قبل وجوب اصل الثمن على المشتري فعلم انهما
مفترقان **فان قلت** النكاح يجوز ... سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال فيثبت ولاية التزويج
الملك في الرقبة وولاية التزويج فكذلك هو التصرف سبب ولاية الصرف فمن اين وقعت المفارقة بين النكاح
وبين البيع حيث جاز التزويج قبل القبض ولم يجز البيع قبله ولو قبل الجدث ما الملك في يحصل السيد دون
سائر التصرفات **قلت** الفرق بينهما من وجهين احدهما ان البيع يبطل بالغرر والنكاح لا يبطل لان معنى
الغرر في البيع الاحتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض
لا يبطل والثاني ان العقد في التسليم شرط لصحة البيع وذلك انما يكون بعد القبض في بيع المنقول ليس بشرط
لصحة النكاح الا ترى ان بيع الابق لا يجوز ونكاح الابق جايز فلما ثبتت المفارقة بينهما من هذين الوجهين
يجوز التزويج قبل القبض ولم يجز البيع وكذلك ورود النهي عن البيع ولم يرد في النكاح وفي الفوايد
وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الفتاوى الكبرى اشترى جارية فزوجها قبل القبض ان تم البيع
جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمهما الله قال والمختار قول ابي يوسف
رحمه الله لان البيع لما انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا فعل الخصاف
لما تعين المشتري فانقضا نقف بنفرح ... وذكر الامام الزرنكري رحمه الله في هذه المسالة من جهة
لو ماتت الجارية قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومتى لم يبطلها حتى مات عند المشتري من
المشتري والعقد قبل ان يصير قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله حتى اذا
هلك بعد ذلك فهو من مال المشتري لان التزويج عيب فيها حتى لو وجدها المشتري كذلك له ان يردها
فالمشتري اذا عيب المعقود عليه يصير قابضا ويحصل التزويج كالاعتاق والتدبير والحكم استحسن فقال
لا يكون قابضا بها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهو من مال البايع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما
التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه يقل رغبات الناس فيها ويستفصل بغلة العين بغير فعل في نقصان
السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان عليه نظير الاقرار بالدين على المشتري لو اقر عليه بدين لا
يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي وذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينه وهو اتلاف لها في
المبسوط وباب جنايتها للبايع والمشتري على المبيع قبل القبض انا في الحسي استيلاء في العيب الحسي
بان اشترى جارية وفقا عينها او قطع يدها يكون قبضا لها بالوطي لانه استيلاء على المحل بالفعل الحسي

قبض نصيبه الا بدفع جميع الثمن ولو نقد اختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البايع على قبول نصيب الغايب
عند ابي يوسف رحمه الله لا يجبر خلافا لهما رحمهما الله والثاني لو قبل هل يجبر على تسليم نصيب الغايب
الى الحاضر عنده لا خلافا لهما والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغايب بما رجع عليه عنده لا خلافا
لهما رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه اي يقبض نصيبه
بطريق المهاياة لما انه مضطر فيه الى قوله كمعير الرهن **فان قلت** لو كان التعليل بالاضطرار معتبرا لا
عليه لما تفاوت الحال بين ان يكون شريكه حاضرا او غايبا كما في صاحب العلو فانه يبني السفل ليبني
عليه علوه فانه لا يكون متبرعا بينا السفل سوا كان صاحب السفل حاضرا او غايبا وها هنا لو كانا
حاضرين ثم اراد احدهما ان ينقد حصته لينقد نصيبه ليس له ذلك بالاجماع **قلت** الملك للغايب
انما ثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر لان من خاطب اثنين بالبيع يقبل احدهما دون احدهما لم يملك
شيا منه واذا ثبت ان الملك له باعتبار قبول الحاضر كان الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشرا فاذا انقد الثمن
كان ممكن من قبض المبيع وثبت له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه الا انه يكون من وجه دون وجه لانه لا يكون
مطالبا بنصيب صاحبه من الثمن بعد قبوله ثم من هذا الوجه يكون كالمتبرع والاصل انه ما تردد بين شيين
توفر حظه عليهما واشبهه بالمتبرع قلنا اذا كان صاحبه حاضرا لا يرجع عليه ولشبهه بالوكيل قلنا
اذا كان صاحبه غايبا يرجع عليه بما ادى عنه ويمكن من قبض نصيبه وهذا لان في حال حضرته هو غير
مضطر الى ايفا جميع الثمن من ماله لانه يمكنه ان يخاصمه الى القاضي حتى ينقد نصيبه من الثمن ليتمكن هو
من قبض نصيبه من العبد وفي حال غيبته هو مضطر الى ذلك لانه لا يتوصل الى نصيبه من العبد الا بدفع
جميع الثمن فان الصفقة في حق الغايب واحدة فلهذا جعلناه كالوكيل في هذه الحالة ليقبض جميع العبد
اذا نقد جميع الثمن ثم يرجع على صاحبه بنصيبه ويحبس نصيبه عنه ليستوفي منه ما ثبت له حق الرجوع
به كما ثبت للوكيل حق حبس المبيع اذا انقد الثمن من مال نفسه كذا في الجامع الصغير لشمس الايمة السرخسي
رحمه الله واما صاحب العلو فانه مضطر الى ان يتوصل الى حاجته من بنا العلو سوا كان صاحب السفل غايبا
او حاضرا لانه ليس له ان يخاصمه في ان يبني السفل ليبني هو علوه عليه فلذلك افترقا **قوله** رحمه الله
كمعير الرهن فان اعار شيا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن والمستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما
ادى من الدين على الراهن وان كان قضا دين الراهن لغيره لانه مضطر في القضا اذ لا يتمكن من الانتفاع
بماله الا بانقضا الدين فكذلك ها هنا **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبينما اذا استاجر الرجلان
دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجر لصاحب الدار فانه يكون متبرعا بالاجماع **قلت** لانه غير مضطر
في نقد نصيب صاحبه من الاجر من قبل انه ليس للاجر حبس الدار لاستيفا الاجر كذا ذكر الامام التمرتاشي رحمه
الله رجل اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة بان قال حرتدم بهزار مثقال سيم ونقره فهما نصفان وفي
رواية الاصل في الجامع الصغير ليعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في رجل يقول لرجل ابيعك هذه الجارية
بالف مثقال فضة قال ابو جعفر رحمه الله فايدة هذا الكتاب ان قوله ابيعك كقوله بعتك فطاهر
العقد ويراد به الايجاب وليست هذه اللفظة في كتاب البيوع انما فيه اذا باع جارية ولكن ذكر الامام
رحمه الله في الجامع الصغير ان قوله ابيعك ليس بايجاب بل هو من باب المساومة وفايدة اخرى انه في
مسالة البيوع قدم الفضة واخر الذهب فقال الف مثقال فضة وذهب جيد وفي هذه الرواية
ذكر الذهب ثم الجيد ثم الفضة ولولا هذه الرواية لقيل ان مقدار المثقال غلب استعماله في الذهب لا في الفضة
واذا قدم الذهب واضاف المثقال اليه ثم قال وفضة لم يستعمل المثقال في الفضة فصار كانه باع
بالف مثقال ذهب وبفضة مجهولة المقدار فالبيع باطل واما اذا قال الف مثقال فضة اضاف
المثقال الى الفضة فلا بد من اعتباره فيها ثم عطف عليه الذهب الذي يليق بذلك المقدار فاجتمعا
جميعا في المثقال فاخذ من كل جنس بصفة فرواية الجامع ازالت هذه الشبهة **فان قيل** الجودة
منه اولى لهما او الذهب خاصة **قلت** لهما جميعا لانه عطف احدهما على الاخر الا ترى ان رجلا لو
قال عبدي حر غدا وامراتي طالق انهما يقعان غدا وكذلك لو قال عبدي حر وامراته طالق كذا في كشف
الغوامض **قوله** رحمه الله وبمثله وهذا اللفظ في استعمال الفقها فيما اذا كانت المسالتان
متشابهتان صورة ويختلفان حكما وهنا كذلك ولو اشترى جارية بالف درهم من الذهب والفضة

[illegible]

حب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة يعني خمسمائة يكون مثقال من الذهب وخمسمائة
من الدراهم يكون بوزن سبعة وذكر في المبسوط واذا باع جارية بالف مثقال ذهب وفضة او دراهم
ودنانير كان له من كل واحد النصف لان الواو للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه
المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه الا انه ان كان قال الف مثقال فعليه خمسمائة مثقال ذهب
وخمسمائة من الدراهم يكون بوزن سبعة وذكر في المبسوط ولو باع جارية بالف مثقال ذهب وفضة
او دراهم ودنانير كان له من كل واحد النصف لان الواو للعطف ومطلق يوجب الاشتراك على وجه المساواة
بين المعطوف والمعطوف عليه الا انه اذا كان قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة
دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف اليه
وقال الامام التمرتاشي رحمه الله اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف
العقد اليهما على السواء ويشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف الى الجيد وكذا
لو قال له علي مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف وكذا هذا في جميع ما يعرف به
من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او غصبا او سلما او وديعة او بيعا او ثمنا او مهرا
او جعلا في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك وكذلك لو قال له علي كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه
الثلث في كل جنس وهو ما يعلم ان رب الدين لا يعلم ذلك لان حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك
اذا كان دون حقه وصفا الا انه يتعذر رحكمه عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند
المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض ان كان قائما ومثل المقبوض ان كان مستهلكا لان مثل الشيء يحكي
عينه ولما انه من جنس حقه فيما لا يجوز الاستبدال في الصرف والسلم جاز فاما غير ذلك الموضع لانه
لو يجوز بالاخذ فيما يجوز الاستبدال فيه لا يكون دليلا على ان ذلك الماخوذ من جنس حقه حتى انه لو كان
له دين على اخر في غير موضع الصرف والسلم جاز له ان يستبدل بالثياب وغيرها ومعلوم ان الثياب ليست
من حقه وفي الصرف والسلم لا يجوز الاستبدال ولو لم يكن الزيوف من جنس حقه لكان استبدالا
في الصرف والسلم وهو لا يجوز فعلم بهذا ان الزيوف من جنس حقه قوله ولا يمكن تداركها بايجاب
ضمانها لما ذكرنا وهو قوله لا قيمة لها عند المقابلة بجنسه ولا نظير له في الشرع بان يجب لنفسه على
نفسه بالنسبة الى شيء واحد وهو وصول الدراهم الحسنة واما قيدنا بقولنا بالنسبة الى شيء واحد
احترازا عن ما يجب نفقة المراة او العبد واما هاهنا فالمقبوض ملكه ومن له الحق ومن عليه الحق شخص
واحد وهو رب الدين فليس له نظير في الشرع وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليل قول ابي يوسف رحمه الله
ولا يقال ان المقبوض ملكه فكيف يقضى عليه بضمانه لانا نقول جاز ان يقضى عليه بضمان ما هو ملكه
اذا كان فيه فائدة الا ترى ان كسب الماذون له المديون مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشتراه
صح وكذلك المرهون مضمون على الراهن وان كان ملكا له وهي في التضمين فائدة ولابي حنيفة رحمه الله
ما قال في الكتاب والفرق بين هذا وبين ما استشهد به ان الضمان هنا يجب حقا له ولا سبيل اليه والضمان هناك
يجب للغرماء والى ذلك السبيل وفي النوادر اشترى دارا بالجياد ونقد النقود اخذها الشفيع بالجياد لانه
انما ياخذ بما اشترى ولو باعه مرابحة فان راس المال الجياد وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف
ثم اشتراها بالجياد قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحنث وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث ذكره الامام رحمه الله
وكذا اذا انكسر فهو لطي وفي بعض الروايات تكسر اي دخل في هو موضعه وانما قيد بالتكسر لانه لو كسره
احد يكون له الشيء وباب كردن وصار كنصب شبكة الجفاف بالتكسر فيقتل بها صيد لا يكون له ما لم يلقه
محيد يكون له ما وقع في ثيابه وكذا اذا اهتا مكانا لمرض الدواب فما وقع فيها يكون له عند البعض كذا
ذكره الامام قاضي خان رحمه الله بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه حيث يكون العسل لصاحب الارض
فرق بين هذا وبين العسل ان العسل ليس فيها معنى الصيدية لا في الحال ولا في المال والارض في يد
صاحبها فما يكون فيها في يد صاحبها وذلك لان العسل صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا
لارضه كالشجر والزرع نبت فيها وهذا كله اذا لم يكن هيا ارضه للاصطياد واما اذا هياها بان حفر
بيرا للصيد فوقع فيها فهو له كذا ذكره الامام المرغيناني رحمه الله والتمرتاشي رحمه الله والغول هو الزيادة و
قوله العسل ليس من انزال الارض بخلاف بيض الطير التي باضت فيها لان العسل لا يحصل في مطلق المواضع

مطلق

ومطلق الاعذبة [illegible] خاص وكان [illegible] اعتل في ارضه [illegible] تلك الارض فكان
[illegible] الارض يكون لمالك تلك الارض كما اذا نبت في ارضه شجرة [illegible]
[illegible] كان عليه [illegible] الاحد [illegible]
ارض [illegible] صاحب الارض اذا كان مستعدا اي [illegible]
[illegible]
له اي الكتاب [illegible] والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب [illegible]

كتاب الصرف

[illegible]

فلا فائدة لما في بيع الصرف بخلاف غير الاثمان فان مقصود المشتري هو حصول نفس المبيع لا الزيادة ثمة
لان مقصوده نفع المبيع وهو يحصل بنفس المبيع فلما كان كذلك كانت ارادة الربا مطلوبة في بيع الصرف قطعا
والصرف هو الزيادة لغة فلذلك اختص بيع الصرف بذلك الاسم
[illegible]
متصرفا عليه اما اذا كانت الحرمة منصوصا في الموضع الذي فيه شبهة الشبهة كانت ثبوت الحرمة
باعتبار النص لا باعتبار شبهة الشبهة ... فهو بيع المضروب بالمصوغ حادث الحرمة نصا

كذا

كذا ذكره في المبسوط وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل والورق بالورق
مثلا بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض ولا تبايعوا فيها غائبا بناجز اخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره ومعنى قوله لا تبايعوا منها غائبا بناجز اي نسيئة لفقد باسم الذهب والورق يتناول
المصوغ منها ايضا فلما كان كذلك كانت الحرمة فيه ثابتة بالنص لا بشبهة الشبهة وقوله فلا يتحقق بالنص
على خلاف النفي بالوقعا وهو قوله من لا بد لاطلاق ما روينا وهو قوله عليكم الذهب بالذهب وفيما
بعده وهو قوله باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل فاسم الذهب والفضة يتناول
المصوغ هنا وغير المصوغ لانا نقول لما ذكر قولنا ايضا **قوله** ولا بد من قبض العوضين
اي من الذهب والفضة المذكورين ومع ذلك ذكر قوله وجب قبضهما سواء كانا معينين او غير معينين
كالمضروب حيث ذكر القبض في المصوغ مع ذكره في اخذ مطلق الذهب والفضة او لم يعد ذكر المساواة
في الوزن في المصوغ مما اعاد ذكر القبض فيه ثم اعلم ان المساواة شرط في الذهب والفضة او لم يعد
ذكر المساواة في الوزن في المصوغ مما اعاد اذا بيع كل واحد منهما بجنسه وان كان هو انا مصوغا حتى لو باع
انا فضة بانا فضة متفاضلا لا يجوز وان كان يدا بيد لان المساواة شرط في الاموال الربوية اذا قوبلت
بجنسها **فان قلت** يشكل على هذا لو باع مصوغا من نحاس بانا مصوغ من نحاس متفاضلا يجوز مع ان بيع
النحاس بالنحاس متفاضلا لا يجوز ولا يجوز بيع الحديد متفاضلا فعلى هذا ينبغي ان يجوز بيع انا فضة
بانا فضة متفاضلا لا يجوز وان كان يدا بيد لان المساواة لا يجوز بيع الفضة بالفضة متفاضلا
قلنا قد فرق بينهما حيث قيل يجوز بيع انا مصوغ من غير الذهب والفضة بانا مصوغ من جنسه متفاضلا
ووجه الفرق هو ان صفة الوزن في الذهب والفضة منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة
ولا يخرج من ان يكون موزونا بالعادة والعادة لا تعارض النص واما في الحديد والنحاس وما اشبه
ذلك فصفة الوزن ثابتة بالعرف فيخرج من ان يكون موزونا بالصنعة بالعرف وتعارف الناس
بيع المصوغ منه عددا كذا في المبسوط في اواخر الباب الاول من كتاب البيوع وقد ذكرناه مرة في باب
الربا في جهة واحدة لانهما لو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق بالابدان وذكر
في الذخيرة ولو قاما عن مجلس الصرف وذهبا معا في جهة واحدة وبيتا او ما اشبه ذلك ثم تقابضا
قبل ان يفارق احدهما صاحبه جاز العقد وكذلك لو طال قعودهما في مجلس العقد **قوله** رحمه الله
وان وثب من سطح فليثب معه اول الحديث هو ما ذكره في المبسوط فقال وعن ابن جبلة قال سألت عبد الله
بن عمر رضي الله عنهما فقلت يقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة
افنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب
ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المعنى اذا بين جواب ما سئل
عنه فلا بأس بان يبين للسائل الطريق الذي يحصل مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا
مما هو مذموم من تعليم الحيل وفيه دليل ايضا ان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد
فانه قال وان وثب من سطح فثب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض بخلاف
خيار المخيرة وعن محمد رحمه الله في رواية اخرى انه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال يبطل
بما هو دليل الاعراض عن المجلس كذا في الذخيرة الذهب بالورق ربا اي حرام لان الربا الذي هو الفضل
لغة لما كان مشكلا ما الحرام في باب الربا اطلق لفظ الربا على الحرام الا هاء وهاء وهو تأكيد لقوله
يدا بيد وان صاغ حد منه هاء وهم اسم واكتابه اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء
فيتقابضان وفي معنى الروايات الا يدا بيد هاء وهاء وهو تأكيد لقوله الا يدا بيد كانه قال الا بعد
من التقابض كذا في المغرب **قوله** رحمه الله وان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما
بطل العقد القبض في باب الصرف شرط لبقاء العقد لا لصحة العقد اشار الا هذا اللفظ فانه قال
في هذا الكتاب فان افترقا في الصرف الى ان قال بطل العقد ولا بطلان الا بعد الصحة وقال في
شرح الطحاوي رحمه الله العقود في حق المتعاقدين على ثلاثة اوجه في وجه التقابض من الجانبين
قبل التفرق شرط لصحته وهو عقد الصرف وفي وجه لا يجوز التقابض شرطا وهو ما اذا تبايعا
عينا بعين وفي عقد الصرف فان التقابض ليس بشرط وكذلك لو تبايعا عينا بدين كالحنطة بالدراهم

وفي وجه يجعل التقابض من احد الجانبين شرطا لصحة العقد وهو ما اذا تبايعا دراهم بفلوس بقبض
في احد الجانبين شرطا لانهما لو افترقا من غير قبض من احد الجانبين حصل الافتراق عن دين بدين لان الدراهم
والفلوس لا يتعينان وان عينت وانما يتعينان بالقبض ولو وجد التقابض من احد الجانبين جاز لانهما
افترقا عن عين بدين وكذلك اذا تبايعا حلقتا بحلي او دينار بوزني الذي يجري فيه النسا واحدهما
عين والاخر دين والدين منهما ثمن فانه يجوز لكن يشترط احضاره وقبضه قبل التفرق بالابدان
لان الدين لا يتعين بالاحضار ما لم يقبض وكذلك في عقد السلم يشترط القبض من احد الجانبين
وهو راس المال ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه اي في الصرف بان قال اشتريت هذا الدينار بهذه
الدراهم على اني بالخيار ثلاثة ايام وكذلك الاجل ثم اعلم ان بين الفساد في بيع الصرف بسبب الافتراق
قبل القبض وبين بيع الصرف الذي انعقد في اصله على الفساد من الابتداء بسبب ذكر الاجل او شرط
الخيار فرقا على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه اذا كان لرجل جارية في عنقها طوق وزن الطوق مائة
فباعها جميعا من رجل بالف درهم الى اجل فالصرف باطل بالاجماع ويبطل بيع الجارية ايضا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه ~~فانه اذا كان لرجل جارية~~ وعند صاحبيه لا يبطل البيع في الجارية
فابو حنيفة رحمه الله فرق بين المسالتين فقال في المسالة الاولى لا يبطل البيع في الجارية
لان العقد فيهما قد انعقد على الصحة ثم ان الصرف انما يبطل لفوات شرط من شرائطه فلم يوجب
ذلك ابطال البيع في الجارية كما اذا اشترى عبدين بالف درهم فاستحق احدهما وفي المسالة الثانية
انما بطل بيع الجارية لان عقد الصرف انعقد على الفساد فاوجب ذلك فساد بيع الجارية كما اذا اشترى
عبدين فاذا احدهما حر كذا في شرح الطحاوي رحمه الله لان باحدهما او بشرط الخيار وبالثاني اي بالاجل
الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز ذكر اسقاط الخيار ولم يذكر الاجل لانه لو سلم في المجلس
يجوز وان لم يوجد الاسقاط كذا قيل بتقرره اي تقرر الفساد حقا لله تعالى لان الربا حرام حقا لله
تعالى وفي جواز شراء الثوب ببدل الصرف من احد المتعاقدين بعد الصرف كما نقل عن زفر رحمه الله وانما
ذكره بكلمة عن لان الظاهر من مذهب زفر رحمه الله كمذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله في الاستبدال في
بدل الصرف لا يجوز قبل القبض كذا في الذخيرة فينصرف العقد المطلق اي المطلق الى الدراهم ان اشترى
الثوب والى نصف البدل الصرف فانه يجوز وكذلك اذا اضاف الى بدل الصرف لان الدراهم والدنانير
لا يتعينان وان كانت موجودة مشارا اليها فلذلك اذا كانت دينا لان ما لا يتعين بالتعيين اذا كان
عينا لا يتعين بالتعيين اذا كان دينا واذا كان كذلك كانت الاضافة الى بدل الصرف والاطلاق سوا
الا انا نقول ان قبض بدل الصرف واجب بالسنة والاستبدال يفوت القبض المستحق وكان شرط ابقا
الثمن من بدل الشرط شرطا فاسدا يمنع الجواز لاسقاط الثمن به والدين يتعين في حق القدر والوصف
والاستحقاق فيما يرجع الى الاسقاط كذا في الفوائد الظهيرية والجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله
قوله والمبيع من ضرورته كونه مبيعا ان يكون متعينا هو جواب سوال مقدر وهو ان يقال لو كان
بدل الصرف مبيعا يجب ان يكون متعينا لان المبيع متعين قلنا المسلم فيه مبيع ومع ذلك غير متعين
بل هو واجب في الذمة غير عين ولان شرط كونه متعينا قد ظهر في البيع الثاني وهو شراء الثوب ببدل
بدل الصرف حتى حصل به تقرير الثمن وان لم يكن متعينا في نفسه وهو نظير ما اذا غصب الدراهم
واشترى بها ثوبا بان اشار اليها مع ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود ولكن لما حصل بها
تقرير الثمن واسقاط ما وجب في ذمته بها كان الحرمة الانتفاع بالمشترى والشبهة في باب الربا
ملحقة بالحقيقة **فان قيل** معنى ان تعيين الدراهم في مسالتنا للتمييز لدخول الباء فيها حيث قال
باع دينارا بعشرة دراهم والباء مخصوصة بدخولها في الاثمان **قلنا** ذاك في الاثمان المحلية كالحنطة
والشعير والحديد من المكيلات والموزونات التي ليست من الدراهم والدنانير اذا كانت دينا اما في بيع الصرف
فكل واحد من البدلين ثمن ومثمن لجعل كل واحد منهما ثمنا ومثمنا وقوله فيجعل كل واحد منهما مبيعا
لعدم الاولوية هذا هو الوجه الثاني الذي ذكر في الوجيز وفي تعليل المسالة وجه ان عقد
الصرف بيع لانه مبادلة مال بمال ولهذا لو حلف لا يبيع فصارف حنث في يمينه والبيع يشتمل على مبيع
وثمن فجعل كل واحد من بدلي الصرف بان يجعل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه ضرورة
انعقاد

انعقاد البيع وان كل واحد منهما ثمن حقيقة الا ترى ان في بيع العرض بالعرض اعتبر كل واحد منهما مبيعا
من وجه ثمنا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد منهما مبيع حقيقة كذا هنا واذا كان
كذلك جاز الاستبدال قبل القبض من حيث انه ثمن ولا يجوز الاستبدال به من حيث انه مثمن فلا يجوز بالشك
واما الوجه الاول فهو ما ذكره فيها بالاستدلال ببدل الصرف قبل القبض يفوت قبض بدل الصرف
من حيث الحقيقة الى اخره **فان قيل** لو جعل كل واحد منهما مبيعا لاشترط قيام الملك في كل واحد منهما
حالة العقد حتى لا يصير بائعا ما ليس عنده وبالاجماع لم يشترط قيام الملك في الدراهم والدنانير وقت
العقد فقد ذكر في الكتاب لو باع رجل من اخر دينارا بدرهم وليس في ملك هذا دينار ولا في ملك ذلك
دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى المشتري واستقرض الاخر دينارا ودفعه الى المشتري فانه
يجوز **قلنا** الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة العقد ثمن من كل وجه وان يعتبر مثمنا من وجه
بعد العقد لان اعتباره مثمنا بعد العقد ضرورة لان العقد لا بد له من مثمن كما لا بد له من ثمن فيعتبر
كونه مثمنا بعد العقد لا قبله فلا يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض
فان كونه ثمنا لا يثبت قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مثمن في الاصل وانما يصير ثمنا بسبب العقد ضرورة
ان العقد لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة
العقد ويتعلق العقد بهما ويعتبر كونه ثمنا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك احدهما بعد البيع
قبل القبض كما لو كان ثمنا من كل وجه كذا هاهنا واذا اعتبرت الثمنية قبل العقد في البدلين من كل وجه
لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بالمشار اليه **فان قيل** انه اذا اشترى قلب
فضة بدراهم واستبدل بالدراهم قبل القبض لا يجوز عندكم مع ان الدراهم بمقابلة القلب ثمن من كل وجه
نعلم بهذا ان الحرمة الاستبدال فيما نحن فيه لا باعتبار ان كل واحد منهما من البدلين مبيع **قلنا** جواز
الاستبدال ببدل القلب ان كان لا يمنع للوجه الثاني لان الدراهم بمقابلة القلب ثمن من كل وجه يمنع للوجه
الاول وهو ان الاستبدال ببدل القلب لو صح يفوت قبض بدل القلب في الصرف وفوت قبض بدل
القلب يوجب فساد الصرف وما يكون سببا لفساد العقد يكون فاسدا في نفسه كذا في الذخيرة بخلاف
بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز ايضا لان
العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته وقد ذكرنا انهما لو تبايعا ذهبا بذهب مجازفة وافترقا
بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد ذكرناه
في اوائل هذا الكتاب الذي نحن فيه **قوله** لان قبض حصة الطوق واجب عندنا في المجلس لانه قبض
صرف ولا تفاوت في بيع الصرف بان يكون مع احد نوعيه العرض بل يكون العقد صرفا في الاثمان وذكر
في اول كتاب الصرف من المحيط الصرف اسم لبيع نوع وهو مقابلة الاثمان بعضها ببعض من الذهب والفضة
مفردا او مجموعا مع غيره ثمنا اذا باع ثوبا وذهبا بفضة لانه مقابلة ثمن وحصة الثوب بيع والظاهر
منه الاتيان بالواجب فيحمل عليه كما اذا ترك سجدة صلاتية في الصلاة وسها ايضا ثم اتى بسجدتي السهو
وسلم يشترط احدى سجدتي السهو الى الصلاتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة
وكذلك لو طاف طواف الصدر ولم يطف طواف الزيارة فان طواف الصدر ينتقل الى طواف الزيارة
ليكون الاتيان بالحج على وجه الصحة والخروج عن عهدة الفرض وذلك لما قلنا **قوله**
رحمه الله لما بينا وهو قوله والظاهر منه الاتيان بالواجب لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد اي قد يراد
الواحد بذكر الاثنين عند قيام الدلالة على ذلك ومن الدليل فيما نحن فيه وجوب اداء ثمن الحلية في المجلس
لكونه صرفا دون ثمن السيف فانه ليس بصرف يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من الملح
دون العذب وانما قال منهما مع ان الخروج من احدهما لما ان العذب والملح يلتقيان فيكون العذب
كاللقاح للملح كما يقال يخرج الولد من الذكر والانثى وانما تلده الانثى قيل من عادة العرب انها
تجمع بين شيئين لاحدهما فعل فيجعل الفعل لهما وهو قوله تعالى فلما بلغا مجمع بينهما نسيا حوتهما
وكان الناسي صاحب موسى عليه الصلاة والسلام وحده وقوله تعالى يا معشر الجن والانس الم ياتكم
رسل منكم والرسل من الانس دون الجن كذا في التفسير وذكر في الجامع ولو قال الرجل لامراته ان
حضتما حيضة فانتما طالقتان او قال اذا ولدتما ولدا فانتما طالقان ففي القياس هذا لغو من الكلام

ولا يتعلق به حكم لان ولادة ولد واحد وطهور حيضة واحدة من المرأتين لا يتصور ولكنا عملنا بالاسم
بالمجاز كيلا يلغو كلامه وقلنا اذا حاضت احداهما وقع الطلاق عليهما وكذا اذا قال اذا ولدتما فانتما
طالق ان ولدت احداهما لا تطلق حتى تلد الاخرى لما ان الفعل الحقيقة ممكن وان فعل الحيض والولادة
منهما متصور ويشترط وجوده منهما لان الجزاء لا يوزع على اجزاء الشرط بل انما ينزل الجزاء عند تمام الشرط ولله
فيما اذا اوجد الشرط في الحيض والولادة منهما جميعا واما لو قال خذ هذين الخمسين من ثمن السيف خاصة
فالقول في ذلك قوله لانه هو المملك والقول في بيان جهته قوله كذا في المبسوط اي في باب الاجارة
من عمل التمويه من كتاب الصرف الا انه وضع المسألة في اشترى القلب مع الثوب والحلية في مسألتنا اذا
كانت تخلص من السيف بدون الضرر صارت بمنزلة القلب مع بيع الثوب والطوق مع الجارية وهذا
اذا كانت الفضة المفردة اريد مما فيه وفي المبسوط فاما بيعها اي بيع الحلية مع السيف بالفضة فهي
اربعة اوجه ان كان فضة الحلية اكثر فهو فاسد وكذلك اذا كانت الحلية مثل النقد في الوزن لان الجفن
والحمايل فضل خال عن العوض فان مقابلة الفضة بالفضة في البيع يكون بالاجزاء وان كان يعلم ان
الفضة في الحلية اقل جاز العقد على ان يجعل المثل بالمثل والثاني بازاء الجفن والحمايل عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله وان كان لا يدري انها اقل فالعقد فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد
وتوهم الفضل وعند زفر رحمه الله هذا لا يجوز لان الاصل الجواز هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم
به يكون العقد محكوما بالجواز ما ذكر في الكتاب ووجهه ان الفساد من وجهين فترجحت
والوجهان ما اذا كان الذي لا يدري انه مثل الحلية في السيف ومثل الطوق في الجارية واما اذا كان
الذي لا يدري ازيد من الحلية في السيف او من الطوق في الجارية **فان قيل** المرجح انما يكون بشيء لا يكون
علة لاثبات الحكم ابتداء وههنا كل واحد من الجهتين اعني المساواة والنقصان من الجزء علة عدم الجواز
ابتداء فلا يصلح للترجيح **قلنا** مراده اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك عند اجتماعهما في الترجيح الحقيقي
كذا نقل عن العلامة مولانا شمس الدين الكردري رحمه الله لانه صرف كله ولهذا احترز عن المسألتين المتقدمتين
وهما بيع الجارية وفي عنقها طوق فضة بالف مثقال وبيع سيف محلى بمائة درهم فان كل واحد منهما
بيع وصرف فاثبت الحكم فيهما على حسب ما تقتضيه الدليل ومن قضية الانقسام اي ومن قضية المقابلة
على تاويل التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين الا ترى ان من اشترى جارية وعبدا بعرض وثوب
ثم استحق العبد يرجع بحصة العبد من الثوب والعرض جميعا ولولا ان قضية الانقسام على الشيوع لما
رجع في العرض والثوب جميعا وذكر في الايضاح ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ
من جملة الاخر كما اذا اشترى قلبا اي وزنه عشرة بعشرة دراهم **قوله** رحمه الله وان امكن تصحيحه
بصرف الالف الثاني اي الى المشتري لانه لو صرف الى المشتري لا يكون شراء ما باع باقل مما باع بل يكون
شراء ما باع بمثل ما باع ومع ذلك تصرف الالف الى المشتري لانه لو صرف يلزم تغيير العقد ولا يصرف الى
الثوب اي لا يصرف الدراهم الى الثوب ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس
بالجنس كما اذا باع قفيز حنطة بقفيزي حنطة يبطل العقد لان القفيز الواحد يقابل القفيز الواحد
والقفيز الاخر فضلا فلا يجوز كذلك وانه طريق متعين للصحة اي وان مقابلة الفرد بالفرد هل
يكون على الواحد بالواحد والاثنان بالاثنين فيلزم منه صرف الشيء الى خلاف جنسه فيما نحن فيه فيصح
العقدان او لاحتمال مقابلة الفرد بالفرد معنا القول الخصم فانه يقول بالانقسام بالشيوع وعدم
احتمال العقد مقابلة الفرد بالفرد هل يكون معنا القول الخصم ثم ذكر معنى مقابلة الفرد بالفرد
هاهنا ليتعين صحة العقد فيه فيحمل عليه **فان قيل** لا نسلم بان طريق الصحة متعين فيما
قلتم بل له وجوه اخر ايضا وهو ان يقابل درهم من الدرهمين مقابلة درهم ودينار من الدينارين مقابلة
دينار ودينار من الدينارين مقابلة درهم من الدرهمين **قلنا** ما قلنا متعين للصحة لقلة
وقوع التغيير وذلك لان فيما ذكرنا تغيير وذلك لان فيما ذكرتم تغيير وذلك تصرف درهم الى دينار
ودينار من الدينارين مقابلة دينار ودينار من الدرهمين وفيما ذكرت ثلاث تغييرات وهو صرف
درهم الى درهم ودينار الى درهم ودرهم الى دينار فكان الذي اقل تغييرا متعينا في الصحيح وذكر في الايضاح
الاصل في هذا الباب ان صفقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الاخر وهو

القابض في الرد بالعيب والرجوع في الثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة
بان كان العقد اربا فيه وان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة
على القيمة واما ما فيه الربا فانه يجب القسمة على الوجه الذي يصح فيه القسمة مثاله اذا باع عشرة دراهم
عشرة دراهم ودينارا صح العقد فيكون العشرة بالعشرة والجنس الاخرى بازاء الدينار وكذلك لو قابل
جنسين بجنسين كما ذكرنا في الكتاب بان باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم صح العقد ويجعل كل
جنس بمقابلة الجنس الاخر وهذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله البيع باطل في الجنس وذلك لان مطلق
المقابلة يقتضي ان يكون بطريق الشيوع ومعناه ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من كل جهة الاخر
وذكر في الايضاح الاصل في جنس هذه المسائل ان الاموال الربوية تصرف الجنس الى خلاف الجنس اذا
كان في صرف الجنس فساد المبادلة وان كان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة فيصرف الجنس
الى خلاف الجنس انما يجب صرفه الى الجنس عند جواز العقد بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام
الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل فيصرف الى الجنس حالة المقابلة في الاموال
الربوية حالة جواز العقد **قوله** رحمه الله وصح من الفعل يدل عليه انا لو صرفنا الجنس الى خلاف
الجنس احتجنا الى التغيير بازاء واحد وان صرفنا الى الجنس استغنينا عن الاخر وذلك
ترتيب لاحدهما على الاخر والمالية لان المالية عن الذات فاذا استويا في الذات استويا في القيمة
من حيث القطع واما حيث صرف الجنس الى خلاف الجنس اذا كان في صرفه الى الجنس فساد العقد
لا صرف للجنس الى الجنس لان فيه فساد العقد بالنص لا سيما اذا كان صرف الجنس الى الجنس
فساد العقد فيطلب فيه دليل اخر يوجب صرف الجنس الى الجنس وهو ظاهر
الظاهر من حال العاقل مباشرة الجائز من العقود دون الفاسد والجواز هاهنا في صرف الجنس
وفيه تغيير وصفه لا اصله وفيما قلنا مقابلة الفرد بالفرد تغيير وصف العقد فيما ان وصف
العقد يقتضي الانقسام بالشيوع كما قاله الخصم لانه قابل الجملة بالجملة وذلك يقتضي الانقسام
الشيوع كما قاله الخصم لانه قابل الجملة بالجملة وذلك يقتضي الانقسام بالشيوع تغيير اصل العقد
لان اصل العقد الصحيح يثبت الملك قبل القبض ولو قلنا بالانقسام بالشيوع يغير اصل العقد
لان اصل العقد الصحيح يفسد العقد لان الملك قبل القبض فان كان تغيير اصل العقد فيجب
رجحانه بوصف العقد وفيما قلنا وهو مقابلة الفرد بالفرد ابقاء اصل العقد على صحته وهو
ثبوت الملك في الحال قبل القبض مع تغيير الوصف كما قلنا وكان هو اهون التغييرين فكان اولى
وذكر في المبسوط ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد
لان الجائز مشروع باصله ووصفه والفاسد مشروع باصله حرام بوصفه فاذا تحقق التعارض
رجح ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه بخلاف مسألة المرابحة لانه تصير توليه
والعقد كذلك المعين فيه البطلان **قوله** رحمه الله والطريق في المسألة الثانية غير
متعين الى طريق الجواز الى صرفه الى المشتري لانه لو صرفنا الالف الى المشتري يجوز ايضا
وذكر في المبسوط واما مسألة العبدين فقلنا معنى المعارضة يتحقق هناك لان في مسألة
الجواز طريق فانه ان يحصل مقابلة مثل الثمن الاول الجارية كذلك ان يحصل مقابلة الثمن الاول
بدرهم وكذلك ان يحصل بمقابلة الكرم الثمن الاول بدرهمين الاخر فلم يتعين جهة للجواز يتحقق
معنى المعارضة فيجب المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وهاهنا لا وجه للجواز الا واحد وهو
صرف الجنس الى خلاف الجنس فان قيل هاهنا المعارضة يتحقق ايضا فانه اذا جعل الدرهم بمقابلة
الدينارين يجوز وان يجعل نصف درهم بمقابلة نصف درهم والنصف الباقي بمقابلة الدينار ونصف
دينار في مقابلة نصف دينار والباقي في مقابلة درهم يجوز قلنا نعم ولكن هذا طريق صرف
الجنس الى خلاف الجنس ونحن اذا عينا انه لا وجه للجواز هاهنا الا هذا الطريق وهو طريق صرف
الجنس الى خلاف الجنس وكيف يشتغل بانه لا يخرج الطريق به من ان يكون متعينا اي لا يخرج من ان
يكون صرف الجنس الى خلاف الجنس طريقا متعينا في الجواز رايت جواب هذه الشبهة مكتوبا
بخط شيخي رحمه الله قلنا نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحدهما ترجيح وكما ذكرناه رجحان ولان

[illegible]

انفسخ بيع الدينار بالعشرة المطلقة مقتضى به كما في قوله اعتق عبدك عني على الف درهم واذا انفسخ
بيع الدينار بالعشرة بقي بايع الدينار بالدراهم التي عليه فيصير صرفا بدين سبق وجوبه وذلك جائز لحديث
ابن عمر رضي الله عنهما انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم
واخذ مكانها دنانير او قال بالدنانير واخذ مكانها دراهم فقال عليه الصلاه والسلام لا باس به
اذا افترقتما وليس بينكما عمل وهذا وجه اختارها مشايخ العراق رحمهم الله قال مشايخنا رحمهم الله وهذا
غير سديد لانه لو انفسخ الصرف الاول لوجب على المشتري للدينار رد الدينار على البايع بحكم الاقالة لان
اقالة الصرف لها حكم الصرف ولهذا لو جعل بدل الصرف قصاصا بدين باخر وجوبه لعقد باشر
بعد الصرف في المجلس لا يجوز ولو امكن تصحيح المقاصة بالدين المتاخر في مسالتنا بانفساخ العقد الاول
وتجديد العقد كما قالوا امكن تصحيح المقاصة بالدين المتاخر ويصير الدين المتاخر بمنزلة المتقدم
والوجه الصحيح انهما لما اقدما على المقاصة وجب تصحيحها ما امكن وامكن تصحيح المقاصة بان يحمل
العقد المضاف الى الدراهم المطلقة مضافا الى الدراهم الواجبة قبل الصرف فيكون تغيير الوصف
العقد مع بقاء اصل العقد كما قلنا في الزيادة على الثمن بخلاف ما اذا جعله قصاصا بدين متاخر صورته
اذا اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ولم ينقد الدراهم حتى باع في المجلس ثوبا من بايع الدينار
بعشرة دراهم وقبض الدينار ولم ينقد الدراهم حتى الدراهم وجعل ثمن الثوب قصاصا ببدل الصرف
وذكر في رواية ابي سليمان رحمه الله انه يجوز فهو ما ذكرنا لمشايخ العراق رحمهم الله وذكر
في رواية ابي حفص رحمه الله لا يجوز فعلى رواية ابي حفص وهو الصحيح يحتاج الى الفرق بين الدين المتاخر
والمتقدم والفرق ان العقد اذا انعقد صحيحا المقاصة بالدين يصير كانهما باشرا في الابتدا الى دين
سبق وجوبه وذلك جائز وفي الدين المتاخر يصير كانهما باشرا العقد في الابتداء الى دين سبق وجوبه
وذلك جائز وفي الدين المتاخر يصير كانهما باشر العقد في الابتداء في دين سيحدث وذلك باطل
لنص عليه وذلك بخلاف ما لو جعلا راس مال السلم قصاصا بدين سبق وجوبه لان السلم هنا دين
ولو صحت المقاصة براس المال يصير افتراقا عن عين بدين وهو غير منهي كذا في الجامع الصغير لقاضي
خان رحمه الله والفوايد الظهيرية جئنا الى لفظ الكتاب وقوله ومعنى المسالة اذا باع بعشرة مطلقة
اي من غير ان يقيد بالعشرة التي عليه اما اذا قيد بذلك فقال في العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف
وقد ذكرناه بخلاف المطلقة فان ذلك جائز عندنا وهو جواز الاستحسان وقال زفر رحمه الله لا
وهو جواب القياس وقد ذكرناه ووجهه اي جواز الاستحسان يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا
وهو قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام
يدا بيد فلا تقع المقاصة لعدم المجانسة لانه لا مجانسة بين العين والدين فان بدل الصرف يجب
ان يكون معينا بالقبض لما روينا وهذا دين سبق وجوبه فينبغي ان لا يجوز فان تقاصا كما في السلم
فانه لا يجوز فان اسلم بدين في ذمة المسلم اليه فانه لا يجوز لكن من ضرورة المقاصة في الصرف
يجوز لما ذكر في الكتاب فاذا تقاصا تضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين يتصف الاضافة
بالعطف على فسخ يعني عند اتفاقهما على المقاصة يحمل كانهما فسخا الاول ثم جدداه مضافا الى
ذلك الدين فان قيل في هذا يلزم الدور فيجب ان لا يثبت واحد منهما اي من الفسخ والمقاصة وذلك
لان المقاصة انما صحت اذا كان وجوب بدل الصرف فاما اذا ابطل عقد الصرف بالفسخ كيف
يبقى المقاصة والمقتضي وهو الفسخ انما يكون لتصحيح المقتضي لانه لو بطل الصرف لاحل الاحتراز عن
الاستبدال ببدل الصرف بطلت المقاصة اذ المقاصة تقتضي قيام وجوب دين الصرف فلا يجب واحد
قلنا انما نبطل المقاصة اذا لم يتجدد عقد جديد عند بطلان عقد الصرف وهاهنا عند بطلان
عقد الصرف صار كانهما جددا فتصح المقاصة بدين سابق فان قيل لو فسخ الصرف ضمنا للمضاربة
ينبغي ان يكون القبض شرط الا ان الاقالة بيع في حق الثالث والشرع ثالثهما فكان بيعا في حقه
قلنا صارت الاقالة هاهنا في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت حكم البيع لمثل هذه الاقالة بل حكم
البيع لها في حق الثالث فيما اذا كانت الاقالة ثابتة قصدا وفي الاضافة الى الدين اي الى العشرة التي
عليه هذا اذا كان الدين لي بقاء اي على عقد الصرف ولو كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم

في الدين السابق صح

على ما ذكرناه فاراد ان يتقاصا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لا يجوز المقاصة هنا لان الدين
لاحق والنبي عليه الصلاة والسلام جوز المقاصة في دين سابق على عقد الصرف وهو ما ذكرناه من حديث
ابن عمر رضي الله عنهما وفي رواية يقع المقاصة وهو الاصح وهو رواية ابي سليمان رحمه الله هكذا ذكره
ايضا فخر الاسلام رحمه الله واما شمس الائمة السرخسي وقاضي خان رحمهما الله اختارا عدم الصحة وهو
رواية ابي حفص رحمه الله وقد ذكرناها ووجه الصحة هو ان عقد الصرف ينتقض باراد تهما المقاصة
فصارا كانهما جددا عقدا جديدا فكان الدين سابقا على المقاصة فصار كانه اشترى بعشرة دراهم
بدل الدينار العشرة التي هي بدل الثوب فصحت المقاصة **قوله** رحمه الله الغلة من الدراهم المقطعة
التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة كذا في المغرب ويردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها
قطعا ووجهه تحقق المساواة وما عرف من سقوط اعتبار الجودة اي الذي عرف من سقوط اعتبار
الجودة بقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديها سواء اي لوجود علة الجواز التي هي علة ذات
وصفين وهما المساواة في الوزن في جنس الدراهم عند المقابلة وفي ذلك لا تتفاوت الحكم بين الدراهم
الصحاح والغلة وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا اي لا عددا كما في الفلوس وان كان الغالب
عليها الغش قلنا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب وهذا الذي ذكره اذا كانت الفضة لا
تخلص من الغش لانها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها واما اذا كانت تخلص من الغش فليست مستهلكة
كذا ذكره في شرح الاقطع وذكر في الايضاح هذا اذا كان الغش غالبا ان الفضة اذا كانت تخلص من
النحاس في الفلوس ويبقى النحاس على حاله فاشتراها رجل باقل مما فيها من الفضة لم يجز حتى يشتريها
باكثر مما فيها فتكون الفضة بالفضة والزيادة بازاء النحاس لانه اذا امكن تمييز احدهما من الاخر فهي
النحاس فهو الاخر وبقي كل واحد منهما على حاله لم يصر احدهما مستهلكا فصار جامعا بين شيئين
وان كان لا تخلص ويحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله لان الفضة مستهلكة فصار حكمها
ثمن فلا تعتبر بها وان كانت الفضة السوداء تخلص منها النحاس لا بد ان تكون الفضة الصافية
اكثر وان كان النحاس يحترق فهي فضة لعين المماثلة وبيع البهرجة والزيوف بالجياد لا يجوز الا مثلا
بمثل لان الغالب عليها الفضة والستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس غالبا فاذا باع الستوقة
بالجياد لم يجز الا على طريق الاعتبار وهو ان يكون الجياد اكثر فتكون الفضة بمثلها والزيادة بازاء
النحاس وانما اعتبرنا الفضة التي في الستوق لانها تخلص وتتميز كل واحد منهما عن الاخر **قوله**
هو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف ان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم
او اقل او لا يدري لا يصح وان كانت اكثر يصح **قوله** رحمه الله وان بيعت بجنسها اي الدراهم المغشوشة
التي غشها غالب بجنسها من الدراهم المغشوشة متفاضلا جاز قوله ولكنه صرف جواب اشكال وهو
انه لما ينبغي ان لا يشترط القبض في هذه الصورة لانه لما صرف الجنس الى خلاف الجنس اي الفضة الى
الصفر لم يبق صرفا ولما قلنا صرفا صار لا يشترط التقابض في المجلس قلنا انما صرفنا الجنس الى
خلاف الجنس لحاجتنا الى جواز العقد فاذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا الى البقا فاذا
جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا فلم يكن كل واحد منهما مصروفا الى خلاف الجنس في حق القبض
بل صرف الى جنسه فيشترط التقابض في المجلس لعدم الحاجة الى بقاء العقد على الصحة لان الحاجة انما
تمس في نفي المفسد المقارن ليكون تصرفهما على الصحة لا في نفي المفسد الطارئ هنا قال رحمه
الله بجواز ذلك اي بجواز التفاضل في هذه الاموال لم يفتوا لانه لو جاز لجاز الربا في الذهب والفضة
بالمزج **قوله** رحمه الله العطارف اي الدراهم الغطريفية منسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي
امير خراسان ايام الرشيد كذا في المغرب وقيل هو خال هارون الرشيد **قوله** ان كان البائع
يعلم بحالها اي بحال الدراهم الزيفة واذا اشترى بها اي بالدراهم المغشوشة ثم كسدت فترك الناس
المعاملة بها اي في كل البلاد في عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت
لا تروج في جميع البلدان لانه حينئذ تصير مستهلكة ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كانت لا تروج في هذه
البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم تهلك ولكن تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال
اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون
يستقيم

على قول محمد رحمه الله اما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يتخير البائع بالفسخ في كلا البلدين بما عجل
في بيع الفلوس بالفلوس عندهما لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فلا بد ان يكون على هذا الفلوس ايضا
في الفتاوى اذا اشترى بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يفسد كذا في الذخيرة وقال ابو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى فانه ذكر في
الذخيرة الدراهم او الفلوس اذا انقطعت عن ايدي الناس قبل القبض فللبائع قيمة الدراهم يوم البيع
في قول ابي يوسف رحمه الله الاخر وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد او بالانقطاع فان لم
يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا ان كان قائما رده على البائع وان كان
هالكا كان على المشتري قيمة المبيع ان لم يكن المبيع مثليا ومثله ان كان مثليا فاما اذا كسدت
الدراهم او الفلوس فاما اذا غلت فازدادت قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير وان انتقصت قيمتها
او رخصت فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك المعيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا
من الجواب في الكساد فهو الجواب في الانقطاع اذا انقطعت الدراهم عن ايدي الناس قبل القبض فسد
البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وحد الانقطاع ان لا يوجد في السوق وان كان يوجد في يد الصيارفة
وفي البيوت ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد فيبطل البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض
لا يقال ان العقد تناول عينها والعين باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول لا بل العقد
تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد يعدم صفة الثمنية
وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي يغلب عليها الغش بمنزلة الصفة المالية في الاعيان
المالية بهلاك المبيع قبل القبض والحاجز المعتبر يفسد البيع بهذا مثله وكذا مسالة الثمن بهذا الطريق
المشروط لان الثمنية بالاصطلاح وبالكساد لا يبقى الاصطلاح على الثمنية فيبقى مبيعا بلا ثمن واما
الجواب عن الرطب فان الرطب يرجى الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه
فلم يبطل العقد اصلا اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي يغلب عليها غشها هلاك الثمنية على وجه لا يرجى
الوصول الى ثمنيتها ثانيا في الحال لان الكساد اصل والنفاق عارض فلما يستقبل عنه **قوله**
واذا باع بالفلوس النافقة الى قوله وهو نظير الاختلاف الذي بيناه في الدراهم المغشوشة
اي يبطل عند ابي حنيفة رحمه الله ويجب على المشتري قيمتها يوم البيع عند ابي يوسف رحمه الله وقيمتها في
اخر ما تعامل الناس بها عند محمد رحمه الله اعلم ان هذا الاختلاف الذي ذكره في الكتاب في البيع بالفلوس
كذلك في رواية الاسرار والمبسوط وشرح الطحاوي رحمه الله في البيع حيث ذكر بطلان البيع عند كساد
الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وفي الاسرار اذا اشترى شيئا
بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد عندنا وقال زفر رحمه الله لا يبطل لانه ليس بحكم
الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب
فانقطع اوانه ولو اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض فانه يبطل لان التخمر يسقط مالية العين وقيمته
اصلا والكساد لا يفسد اما البدل فلانا نقول لما ثبت صرف في الذمة بالثمنية فصار هلاكه هذا الوجه
والعقد متعلق به فيبطل لهلاك العين وفي شرح الطحاوي رحمه الله واذا اشترى مائة فلس بدرهم
فقبض الفلوس او الدراهم ثم تفرقا جاز البيع لانهما تفرقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد
ذلك فانه ينظر ان كان الفلوس هي المقبوض لا يبطل البيع لان الفلوس بعد القبض لا يهلك وهلاك المعقود
عليه بعد العقد لا يبطل البيع ولو كانت الفلوس غير مقبوضة بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس
بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع والقياس ان لا يبطل لانه قادر على اداء
ما وقع عليه العقد **قوله** ولو اشترى فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان يقبض
او قد قبض المبيع فسد البيع وعليه ان يرد المبيع وهكذا ايضا ذكر في المبسوط **قوله** ولو اشترى
فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان يقبضها فالبيع ينتقض استحسانا لانها بعد ذلك
تخرج من ان تكون ثمنا لانها كانت بصفة الثمنية ما دامت رائجة فاذا كسدت تعيب
اللائقة فلهذا يبطل العقد بخلاف ما قيد بالكساد لانها لا تهلك اذا غلت او رخصت كان عليه رد المثل
بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي رحمه الله وعينه **قوله** وموجبه اي موجب القرض اي وموجب

[illegible]

وقال له بعد ما اعطى الدرهم اعطني بنصف درهم فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة اي اعطني بنصف الدرهم
درهما صغيرا يساوي نصف الدرهم الا حبة فعندهما جاز في الفلوس وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في
الكل لان الفساد قوي لان فيما يقابله نصف درهم بنصف درهم مع نقصان حبة وهو ربا فيشيع
الفساد في الكل لان الصفقة واحدة كما اذا جمع بين حر وعبد في البيع وفي المبسوط رجل اعطى رجلا
درهما فقال اعطني بنصفه كذا فلسا واعطني بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم لانه جمع بين
عقدين يصح كل واحد منهما على الانفراد فان افترقا قبل ان يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل
في الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين ولم يبطل في الفلوس
لان العقد فيها بيع وانما افترقا قبل قبض احد البدلين ولم ينقد الدرهم الثمن حتى افترقا
بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقد كان قال له اعطني بنصفه
كذا فلسا واعطني بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حبة فهو فاسد من قول ابي حنيفة
رحمه الله يفسد البيع كله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصة
الصرف لان العقد في الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابله نصف درهم بنصف درهم الا حبة
يكون ربا وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا فسد العقد في البعض لمعنى الربا يفسد في الكل ثم قال
رحمه الله والاصح عندي ان العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعا على ما وضع عليه المسالة في الاصل
لانه قال واعطني بنصفه الباقي درهما واذا كرر الاعطا يتفرق العقد به وفساد احد العقدين
لا يوجب فساد الاخر الا ترى ان على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في احدهما شرطا للقبول في الاخر الا
ان يكون وضع المسالة على ما ذكره الحاكم في المختصر وبنصفه الباقي درهما صغيرا وحينئذ يكون العقد
واحدا لانه لم يتكرر ما به ينعقد العقد وهو قوله اعطني ولو قال اعطني كذا فلسا ودرهما صغيرا
وزنه نصف درهم الا قيراطا كان جائزا كله اذا تقابضا قبل ان يفترقا لانه قابل الدرهم هاهنا
بما سمي من الفلوس وبنصف درهم الا قيراطا فيكون مثل وزن الدرهم الصغير من الدرهم بمقابلته والباقي
كله بازاء الفلوس كذا في المبسوط وحصل من هذا كله مسايل كلها ثلاثة احداها لو قال لغيره بعد
اعطا الدرهم الكبير اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة حيث اعاد قوله وبنصفه لكن
لم يعد لفظ الاعطا فالحكم كما ذكر جائز عندهما في حصة الفلوس وعند ابي حنيفة رحمه الله يبطل
في الكل والثانية في هذه الصورة ايضا لكن اعاد لفظ الاعطا بان قال اعطني بنصفه كذا فلسا
واعطني بنصفه الباقي درهما صغيرا فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز اجماعا وفساد احد العقدين
لا يوجب فساد الاخر بمنزلة ما لو قال لغيره بع لي بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها كذا كذا رطلا
من الخمر هناك لا يبطل العقد في العبد وان بطل في الخمر لان الصفقة متفرقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر
الهندواني والفقيه مظفر بن اليمان والشيخ الامام شيخ الاسلام رحمهم الله ههنا ايضا لا يصح العقد
وان كرر لفظ الاعطا لان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت بلفظ قوله اعطني والاوجه اليه
لان قوله اعطني مساومة وتكرار المساومات لا تتكرر البيع الا ترى انه لو كرر المساومة لا ينعقد
البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بلفظ المساومة فتكراره كيف يكون مكررا العقد
فكانت الصفقة واحدة والثالثة ما لو قال اعطني به كذا كذا فلسا ودرهما صغيرا وزنه نصف
درهم الا حبة فان ذلك جائز كله بخلاف المسالة الاولى صرح بالفساد حيث جعل بازاء الدرهم الصغير
نصف درهم من الدرهم الكبير الا حبة وهو ربا والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه
الصحة واما في هذه المسالة لم يصرح بفساد العقد فانه لم يبين الدرهم الصغير حصة من الدرهم
الكبير فكان وجه الجواز ما ذكر في المبسوط الا هذا اشار في الذخيرة والفساد قوي لان الفساد
مجمع عليه وقد مر نظيره وهو ما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة فلو لم يبين من كل
واحد منهما يشيع الفساد في الكل بالاجماع وان بين يشيع الفساد على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في رواية الذخيرة في قول الفقيه ابي جعفر والفقيه المظفر
وشيخ الاسلام رحمهم الله ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا والجواز الفلوس عيا الدلية من درهم

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

اي اعطى بنصف درهم وهو فلوس يجوز النصب على البدل من نصف بنصف الحبة جاز والفرق بين هذه
وبين الاولى ما ذكرنا انه لم يقل هاهنا بنصفه نصفا على وجه المقابلة بخلاف الاولى فانه قال
به هناك فكان فيه مقابلة بنصف درهم بنصف درهم مع نقصان الحبة فكان ربا في اكثر النسخ للمختصر اي مختصر
القدوري رحمه الله تعالى وارضاه واسكنه فسيح الجنة والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الكفالة

اورد الكفالة عقيب البيوع اما لان الكفالة انما يحتاج اليها في البياعات لعدم اعتماد احد المتبايعين
على الاخر فصارت الكفالة بسبب الكلية كاثر من اثار البيوع والاثر ابدا يعقب المؤثر او لان الكفالة اذا كانت
بالامر فهي معاوضة انتهاء فوقع اينما وقعا بالايراد في انتهاء البيوع او لان كتاب الصرف لما اورد لعقد
البيوع لكون الصرف نوعا من انواع البيوع وللكفالة بالمال مناسبة خاصة بالصرف من حيث ان في كل منهما
معاملة فيما يجب بالذمة والدراهم والدنانير خلا ان الصرف فيما يسبق والكفالة فيما يجب والذي
يسبق مقدم على الذي يجب لان تحقق الوجوب انما يكون بعد كون الوجوب ثم من محاسن الكفالة هي
اظهار الشفقة ومراعاة الاخوة ببذل الذمة لبعضهم الى الذمة لتنفيس محل المطالبة وتسهيل الامر على
المطالب وتسكين قلب المطالب قال الله تعالى وكفلها زكريا والقراءة بالتشديد اشارة الى كفوالله تعالى
على زكريا حيث جعله كفيلا لمريم فكل من كفل عن مديون او مستحق عليه حق فهو منه الله تعالى اذ جعله زكريا
زكريا صلوات الله عليه ولا يذهب الى ملازمة الخلق وانظر الى اعانة خالق الخلق ولا تنظر الى غرامة
المال وانظر الى كرامة ذي الجلال واقرا قوله تعالى وذا الكفل كيف ذكر باسم ذا الكفل بين الانبياء
قيل انه كفل عددا من الانبياء عن ملك قصد قتلهم فاذا عرفت الكفالة فلك الرجوع في الدنيا شرعا
على الاصيل وان لم يسلم والله تعالى يجازيك بالنعيم الجليل في الجنة الموصوفة بالظل الظليل **قوله**
رحمه الله فيحتاج هاهنا الى معرفة تسعة اشياء الى تفسير الكفالة لغة وشرعا وسببها وركنها وشرطها
وانواعها والفاظها وحكمها اما التفسير اللغوي والشرعي فمذكور في الكتاب الاول في تعريف الكفالة
شرعا ان تقول الكفالة هي ضم الذمة الى الذمة في حق التزام المطالبة بالمضمون الذي على الاصيل من غير
ان تثبت اصل المضمون في ذمته من غير تعرض لبقاء الدين وانما قلنا اولى لان الكفالة كما تصح في الديون
فكذلك تصح في الاعيان المضمونة كالمغصوب وفي الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في حق التسليم وكذلك
كما تصح في الاعيان والاموال تصح في النفوس ايضا وليس في الكفالة في النفس الا التزام ما هو الواجب على المكفول
به وهو تسليم نفسه الى المكفول له فصح التزامه من الكفيل وذكر في المغرب وتركيبه دال على الضم والنضم
منه كفل وهو كساء يدار حول سنام البعير كالحوية ثم يركب ومنه قيل السلطان اي مركبه واما سببها
مطالبة من له الحق فيما يجب له التكفيل بالتكفيل وذلك اما لعدم الوثوق بمن عليه الحق او لتيسر وصول
الحق الى مستحقه بتكثير محل المطالبة بالكفالة واما ركنها فالايجاب والقبول عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله خلافا لابي يوسف رحمه الله في قوله الاخر حتى ان عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل
بالمال او بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له او قبول اجنبي عنه في مجلس العقد وقال ابو يوسف
اخر الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول او الخطاب من غيره او لم يوجد واختلف المشايخ في قوله
الاخر ان الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوفا على اجازة الطالب او يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة
هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به
الكفيل واما شرطها ان يكون الدين صحيحا سواء على الصغير او على العبد المحجور لانه يطالب به بعد العتق
بخلاف الكفالة ببدل الكتابة حيث لا يجوز لانه ليس بدين صحيح لانه لا يجب للمولى على عبده دين وانما وجب
مخالفا للقياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة ببدل الكتابة وان يكون المكفول مقدور التسليم
للكفيل واما اهلها فهو من كان من اهل التبرع لان الكفالة تبرع بالتزام المال فلذلك لم يصح من الصبي
والعبد المحجور عليهما والمكاتب وكذا لم يصح من المريض الا من الثلث كسائر تبرعاته واما انواعها فهي في
اصلها نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال كما ذكر في الكتاب ثم الكفالة بالمال على نوعين في الديون وفي
الاعيان والكفالة بالديون الصحيحة صحيحة بلا خلاف واما الكفالة بالاعيان فهي على ثلاثة انواع كفالة

لعين

الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان
اقام الطالب انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة
بالثابت معاينة وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب وهذه المسالة ليست في بعض النسخ الى قوله قال واذا احضره
وسلمه ثم معنى قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب وهذه المسالة ليست في بعض النسخ المقوله قال
واذا احضره وسلمه ثم معنى قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب اي لا يسقط الكفيل من كفالته بمهلة
الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ومجيئه **فان قلت** اللحوق بدار الحرب مع الارتداد بمنزلة الموت
حكما حتى قسم ماله بين ورثته وهي الكفالة اضعف من حق الاملاك لانها من التبرعات فاولى ان يظهر
اثر الموت الحكمي في حقها ايضا **قلت** قد ذكر الامام المحقق شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط
واذا ارتد المكفول بنفسه ولحق بدار الحرب لم يبرا الكفيل لان لحوقه بدار الحرب كموته حكما في قسمة ماله
بين ورثته فاما في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل
على كفالته وحاصل الفرق بينهما ان بالارتداد واللحاق بدار الحرب اعطي له حكم اهل الحرب واموال اهل
الحرب غير معصومة في حق اهل الاسلام والاقرب من جملة اهل الاسلام اقاربه فيظهر عدم عصمته اي
عدم العصمة في ماله حتى قسم واما الحقوق الثابتة في ذمته من لزوم التوبة والرجوع الى الاسلام
وتسليم النفس الى من يستحق تسليمه فباقية في ذمته كما كانت لبقاء حصته حقيقة فلذلك بقي الكفيل
على كفالته وذكر في الذخيرة اذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادرا على رده بان كان
بيننا وبين اهل الحرب موادعة ان من لحق بهم مرتدا ردوه علينا اذا طلبنا فالكفيل فالكفيل
يمهل بقدر الذهاب والمجيء وان لم يكن قادرا على رده بان لم يكن موادعة على الوجه الذي قلنا فالكفيل
لا يؤاخذ به ولو سلمه قبل ذلك الوقت برئ اي قبل ذلك الوقت الذي عينه لان الاجل حقه اي حق
الكفيل وذكر في المبسوط واذا كفل بنفسه الى شهر ثم دفعه اليه قبل الشهر برئ لان التاجيل انما
كان لحق الكفيل حتى لا يتضيق عليه الامر في المطالبة بالتسليم قبل الشهر فاذا اسلمه قبل مضي الشهر
فقد اوفى ما عليه واسقط حق نفسه فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل اذا قضاه قبل مضي الاجل برئ ولم
يكن للطالب ان يأبى القبول فكذلك هاهنا لا يكون للمكفول له ان يأبى القبول وقيل في زماننا لا يبرا
والمتاخرون من مشايخنا يقولون هذا الجواب اي الجواب بانه يبرا بناء على عاداتهم في ذلك الوقت
فاما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرا بالتسليم اليه في غير ذلك الموضع لان في زماننا
اكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور لغلبة اهل الفسق والفساد فتقييد التسليم بمجلس
القاضي مفيد ولو سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة وعندهما لا يبرا حتى
يدفعه اليه في المصر الذي كفل فيه قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم وابو حنيفة رحمه الله كان
في القرن الثالث وقد شهد رسول الله عليه الصلاة والسلام لاهله بالصدق وكانت الغلبة لاهل
الصلاح والقضاة لا يرغبون في الميل الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت
بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر اخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر
اهل الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقالا يتقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا
للضرر عن الطالب ولهما ما ذكر في الكتاب وابو حنيفة رحمه الله يقول سلمه اليه في موضع امر وعاب
فيبرأ به كما لو سلمه اليه في ذلك المصر وهذا لان المصر مكانه من احضاره مجلس القاضي اما ليثبت
عليه الحق او ياخذ منه كفيلا وهذا امر يحصل ثم كما يتوهم ان يكون شهوده في ذلك المصر يتوهم ان يكون
شهوده في هذا المصر فيتقابل الموهومان ويبقى التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه
فيبرا به هذا كله من المبسوط لا بقاء هذا الواجب وهو الاحضار وتسليم المكفول به الى المكفول له
ولا ينوب المال مناب هذا الوجه وسقطت الكفالة بموت المكفول به او الكفيل بخلاف الكفيل
بالمال حيث لا يبطل الكفالة بالمال بموت الكفيل لنيابة مال الكفيل مناب الكفيل اذ المقصود
هناك ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح له فلذلك لا يبطل كفالته بموته بل يوخذ
ما التزمه بالكفالة من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما
في حالة الحياة وذكر في المبسوط في باب الكفالة بالمال واذا كان لرجل على رجل الف درهم الى اجل وادلم

قول ط

قول ط

قال فقيل النبي عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث بصحة الكفالة التي لم يوجد فيها الغرم على الكفيل
[illegible] **قلنا** [illegible]
[illegible]

قول ط

قول ط

بعينه لانه يلتزم المطالبة التي هي على الاصيل والمطالبة على الاصيل بهذا المال بعد حلول الاجل فكذلك
على الكفيل الى ان قال فان مات الكفيل قبل الاجل فهو عليه مال يوجد من تركته لانه بالموت استغنى
عن الاجل ولكن لا يرجع ورثته على الذي عليه الاصل حتى يحل الاجل لان الاجل باق على الاصيل لبقاء
حاجته حتى لا يطالبه الطالب بشيء وكذلك ورثة الكفيل لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول قوله ط
به الى المكفول له يوجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها كما
كثبوت الملك في الشراء فيثبت بدون التنصيص عليه ولا اشتراط قبول الطالب التسليم كما في قضاء
الدين كالغاصب اذا رد المغصوب على المالك والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري وفي المبسوط ولو
ان قبله الطالب او لم يقبله لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على
قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول
الطالب تضرر به من عليه فانه يمتنع من ذلك ابقاء للحق بنفسه والضرر مدفوع بحسب الامكان ولو قوله ط
سلم المكفول به نفسه من كفالته صح اي من كفالة الكفيل معنى هذا ما ذكره في المبسوط وقال
واذا دفع المكفول به نفسه الى الطالب وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل
وهذا لما لو سلمه الكفيل سواء لان للكفيل ان يطالبه بالحضور للتسليم اذا طولب به فهو انما
يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم فلا يكون متبرعا فيه كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه
وقوله لانه مطالب بالخصومة بفتح اللام وفي نسخة بالحضور اي لان المكفول به مطالب بالحضور
فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا ولذلك صح تسليمه نفسه قبل الطالب او لم يقبل
وافاه مفاعلة من الوفاء ومنه كفل بنفس رجل على ان يوافي به المسجد الاعظم كذا في المغرب
وان تكفل بنفسه على انه لو لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فالتقييد
بقوله بما عليه مفيد لانه اذا لم يقل لما عليه لا يلزم على الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول
محمد خلافا لهما واما التقييد بقوله وهو الف فغير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك عليه
ولم يسم كم هو جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة فانها مبنية على التوسع مع ان
عين الجهالة لا تؤثر في العقد انما المؤثر جهالة تفضي الى المنازعة الا ترى ان بيع القفيز من الصبرة
جائز لان جهالة القفيز لا تفضي الى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان الحق الذي
له عليه معلوم في نفسه وان لم يكن معلوما لنا فاعلامه ممكن الا ترى انه لو قال كفلت لك
عما ادركك في هذه الجارية التي اشتريت من زيد كان جائزا واصل اللحوق في الدرك وقدر ما يلحقه
في الدرك مجهول وقد اعتاد الناس الكفالة بهذه الصفة وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة قوله ط
مع ان الشجة غير معلومة انها هل تبلغ النفس ام لا تبلغ كذا في المبسوط فاذا وجد الشرط لزمه
المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس **فان قلت** ينبغي ان يبرأ عن الكفالة بالنفس لان الكفالة
بالمال لما وجبت دلت على انتفاء وجوب الكفالة بالنفس اذ وجوب الكفالة بالمال عن طريق
البدلية من الكفالة بالنفس كما في وزان قولنا ان لم يواف به في وقت كذا فانا ضامن لما عليه
من الالف وزان قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم وقوله عليه الصلاة
والسلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والحكم بجواز الصوم في كفارة اليمين
دليل على عدم وجوب الكفارة بالمال فكذا هنا لما وجبت الكفالة بالمال هذه الصورة ينبغي
ان لا يجب الكفالة بالنفس **قلت** الكفالة بالمال ليست ببدل عن الكفالة بالنفس هنا
لانه كل واحد منهما مشروع للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال
كما لا ينافي التوثق بكفالة بنفس اخرى مع وجود الكفالة بالنفس الاخرى وهذه الصيغة هنا لم
تكن لاظهار البدلية بل لتعليق الكفالة بالمال وهي مما يتعلق بالشروط فاعتبرت من حيث التعليق
لا من حيث الابطال بخلاف وجوب الكفارة بالصوم وجواز التيمم لانهما لا يتعلقان بالشرط لكن
تلك الصيغة هناك لاظهار البدلية اي لما ابطل الاول لعدم القدرة عليه وجب الثاني لانهما
لا يجتمعان واما هنا فبخلافه وذلك لان الكفالة بالنفس لما وجبت لم تبطل الا باحدى معان
ثلاث وهو التسليم او الابراء او الموت ولم يوجد واحد منها معنى كما كانت لعدم المبطل وانه

لو

لو يطلب انما يطلب لوجود وجوب الكفالة بالمال وقد قلنا ان الكفالة بالنفس مع الكفالة بالمال
لا يتنافيان فلا يلزم بطلان الكفالة بالنفس من وجود الكفالة بالمال وذكر في المبسوط منافاة بين
الكفالتين الا ترى انه لو كفل بهما جميعا كان صحيحا وبعد ما صحت الكفالة بالنفس لا يستفيد البراءة
عنها الا بالموافاة بالنفس ولم يوجد ذلك وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا لم يواف بنفسه حتى لزمه
المال لا يبرأ من الكفالة بالنفس ونظيره ما قال في المبسوط في كتاب الوكالة ولو وكل رجلا ان يخلع
امراته وقال له ان ابت الخلع فطلقها وابت الخلع فطلقها الوكيل وقع بايقاعه ولا يبطل الكفالة
الوكالة بالخلع حتى لو قالت انا اخلع فخلعها وهي في العدة جاز الخلع وقال الشافعي رحمه الله لا يصح
هذه الكفالة وذكر في المبسوط قول ابن ابي ليلى مكان قول الشافعي هنا ثم التقييد بقوله لا يصح هذه
الكفالة لو كان للاحتراز عن سائر الكفالات بالمال الذي يثبت بدون التعليق بالشرط صحيح ولو
كان للاحتراز عن الكفالة بالنفس التي كانت ثابتة في هذه الكفالة اولا لا يصح لان الكفالة بالنفس
لا تصح عند الشافعي كما مر فكانت كلتاهما باطلتين فلم يكن للتخصيص بقوله هذه فائدة الا ترى
لتان انه ذكر الامام قاضي خان والامام المرغيناني فالكفالتان جائزتان عندنا وقال الشافعي الكفا
باطلتان اما الكفالة بالنفس فعنده لا تجوز واما تعليق الكفالة الثانية فباطلة لانه تعليق سبب
وجوب المال بالخطر فلا يصح تعليقه بالشرط كتعليق البيع وكما لو قال اذا دخلت الدار فانا كفيل بما لك على
فلان ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم علق الكفالة بالشرط وهو المجيء بالصاع وشريعة
من قبلنا تلزمنا ما لم ينسخ ولان القياس يترك بالتعامل كما يترك بالنص الا ترى ان القياس يترك
بالتعامل فيما هو اضيق جوازا من الكفالة وهو البيع فانه لو اشترى نعلا وشراكا على ان يحذوها البائع جاز
فلان يترك القياس بالتعامل في الكفالة وانها اوسع جوازا كان اولى وبيان التعامل في ذلك
ان الناس تعاملوا تعليق الكفالة بعدم موافاة المكفول به لما في الثانية تاكيد الاولى ولنا
ان الكفالة تشبه البيع اي انها من حيث ان الكفيل يرجع على المديون اذا كان بامر المديون وتشبه
النذر من حيث الالتزام فلشبهه البيع ينبغي ان لا يجوز بالشروط كلها ولشبهه النذر ينبغي ان يجوز بالشروط
د كلها فقلنا انه يجوز بشرط متعارف ولا يجوز بشرط غير متعارف عملا بالشبهين كهبوب الريح ومجيء المطر
السماء ودخول الدار وذكر في الفوائد الظهيرية وما قاله الشافعي ان هذا تعليق التزام المال فيه
نظر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال على ما ذكرنا ثم قال فالحاصل في مسالتنا
هذه ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغير متعارف كدخول الدار ونحوه باطل والتعليق بعدم
الموافاة متعارف اي تعليق الكفالة بالمال بعدم احضار المكفول به متعارف لان في الكفالة الثانية
تاكيد الكفالة الاولى لما ان الظاهر من مقصود المكفول له في احضار المكفول به طلبه ادعاء ما
قوله له على ليصل اليه حقه وفي التزام الكفيل ذلك المال على تقدير عدم الموافاة يصل اليه حقه
فكانت الثانية مؤكدة للاولى فيصح التعليق به ومن كفل بنفس رجل الى ان قال لتحقق الشرط وهو
عدم الموافاة **فان قلت** هذه المسالة عين المسالة التي ذكرت قبلها لان في كل منهما وجوب
المال لعدم الموافاة بسبب التزامه المال عند عدم الموافاة غير انه لم يذكر موت المكفول به في الاولى
وذكر في الثانية وبه لا يقع الفرق لانه لما لزم المال على الكفيل بسبب عدم احضاره المكفول به
لا تتفاوت الحكم وهو لزوم المال على الكفيل بموت المكفول به او بحياته **قلت** بل بينهما فرق
وذلك لانه لم يذكر في بعض نسخ الجامع الصغير لفظ الغد في هذه المسالة فكان تعليق الكفالة
بالمال بعدم الموافاة حينئذ مطلقا وهناك مقيد بوقت بعينه والمطلق غير المقيد فكان بينهما
فرق ولو كان لفظ الغد مذكورا فالفرق بينهما من وجه آخر وهو ان المكفول مات قبل مجيء الغد
وجب المال على الكفيل عند مجيء الغد لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة في الغد وفي المسالة الاولى وجب
المال على الكفيل بسبب عدم الموافاة في الوقت الذي عينه والمكفول به حي فعسى يقع على السامع شبهة
بان يفترق الحكم في عدم الموافاة بين ان يكون المكفول حيا في الوقت الذي عينه وبين ان يكون ميتا
في ذلك الوقت فذكر هذه المسالة لازالة تلك الشبهة **فان قلت** لما ان تاكدت الشبهة وتقاعست
وطرق الاستقامة فقد تصادمت وهي ان من شرط الكفالة بالمال عند الموافاة بالنفس بقاء الكفالة

بالنفس في حالها الا ترى ان الطالب لو ابرا الكفيل من الكفالة بالنفس قبل انقضا المدة في هذه المسالة
لا يلزم الكفيل شي لان بالابرا انفسخت الكفالة بموت المكفول به لما ذكر قبل هذا بقوله واذا مات المكفول
به بري الكفيل بالنفس عن الكفالة فصار نظير الابرا فلا يلزمه المال وهو ايضا كما قال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله فيمن قال ان لم اشرب الما الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق فاهراق الما قبل
الليل لا يقع الطلاق لان الشرط عدم شرب مستحق باليمين في اخر النهار ولا يتحقق ذلك اذا اهريق الما
قلت قال الامام ظهير الدين في الفوايد في جواب هذه الشبهة ان الابرا وضع لفسخ الكفالة والموت لم
يوضع له فبالابرا تنفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة ضرورة عجز الكفيل
عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم تقع دفعه الى الخصام وهو عاجز عن مثل
هذا التسليم فلا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن
تسليم النفس يتحقق ثم قال هذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل قبل انقضا المدة فلا يجب
المال دينا في تركة الكفيل اذا مضت المدة وفي الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان لم يواف ورثة
الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضا المدة لا يلزم الكفيل المال وان ابى القبول جبر عليه لان
لهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضا المدة وذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير
جواب تلك الشبهة بوجه اخر فقال تصحيح الكفالة هاهنا بطريق التقديم والتاخير وهو ان يجعل
كانه كفل بالمال في الحال ثم علق البراة عنه بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس لم توجد بالموت فبقي
المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الى هذا التقديم والتاخير في اليمين بالطلاق لان الطلاق يحتمل التعليق
بالشرط وبعد الوقوع لا يحتمل الرفع فلهذا افترقا وهكذا ايضا في المبسوط ومن ادعى على اخر مائة دينار
بينها او لم يبينها الى اخره ذكر صورة المسالة في اصل رواية الجامع الصغير شمس الايمة والحلواني
وغيرهما محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا فادعى عليه مائة دينار او لم يلزمه ولم يدع
عليه المائة دينار فقال له رجل دعه وانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار
فرضي به ولم يواف به غدا فعليه المائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انها
له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد رحمه الله اذا ادعاها ولم يبينها حتى كفل له بمائة دينار ثم
ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه **قوله** رحمه الله بينها او لم يبينها اي وبين صفة مائة دينار
بانها جيدة او ردية او خليفية او ركنية او لم يبينها او معنى قوله وبينها اي وبين قدر المائة
بدعواه مائة دينار او لم يبين قدر الدنانير ولم يذكر المائة في دعواه لانه ذكر في اصل رواية
الجامع الصغير في صورة المسالة او لم يلزمه ولم يدع عليه المائة دينار فقال له رجل دعه
فانا كفيل بنفسه الى غد وذكر وكذا ذكر الامام قاضي خان رحمه الله في تعليل الامام الكرخي انه
لم يدع مالا مقدرا على ما يذكر على انه ان لم يواف به غدا اي على انه ان لم يوافي بالمدعى عليه
غدا ان لم يبينها اي لم يبين المدعي صفة المائة حتى يكفل اي تكفل الكفيل بنفس رجل ثم ادعى
بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه اي ثم ادعى مدعي المائة التي كان لم يبين صفتها ملك المائة
على الكفيل مع بيان الصفة لا يسمع دعواه اي لا يواخذ الكفيل حتى لا يعد المدعي في مطالبة الكفيل
بالكفالة وان بين ما ادعاه بعد ما ادعى على المدعا عليه شيا مجهولا لانه علق بما لا مطلقا
المراد من الاطلاق عدم نسبة كفالته الى المال المدعا به حيث لم يقل الكفيل تكفلت بالمال
الذي يدعي على هذا المدعى عليه خطرا اي مترددا بشرط عدم الموافاة اي علق الكفيل كفالته بالمال
المطلق عن النسبة بشرط عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا او لا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها
لاحتمال انه يلزم المال الذي هو على المدعى عليه بل الزم مالا الزمه على وجه الرشوة للمدعي ليترك
المدعا عليه في الحال وهذه النكتة منسوبة الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي رحمه الله تعالى
والثانية وهي قوله ولانه لم يصح الدعوى الى اخره لما قال احمد منسوبة الى الشيخ الامام ابي الحسن
الكرخي وقال الامام قاضي خان لمحمد رحمهما الله وجهان احدهما ما قاله الشيخ الامام الماتريدي
انه لما قال علي مائة دينار ولم يضف الكفالة الى المال المدعى يحتمل انه الزم مالا مبتدا فيكون
رشوة لان التزام المال من غير نسبة الى ما على المطلوب رشوة والرشوة حرام ويحتمل انه اراد به

الزام

الزام ما على الاصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا الطريق وان ادعى علم
بالاشيا معلوما لم يصح الكفالة والوجه الثاني ما اختاره الشيخ ابو الحسن الكرخي انه اذا لم يدع مالا مقدرا
لم يستوجب احضاره الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم يصح الكفالة بالنفس فلم يصح الكفالة
بالمال لانه بنا عليه فعلى هذا اذا كان المدعى به معلوما وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف الكفالة
الى المال المدعا به ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان هذه كفالة بالمال المدعا به عند الوجوب اما
اذا كان المال معلوما عند الدعوى فلان الكفالة بالنفس صحت والكفالة الثانية بنا عليها والبنا على
الاولى تقييد لكفالة المال بعين المدعى به عرفا واما اذا لم يكن المال معلوما عند الدعوى فلان العادة
فيما بين الناس انهم يجملون الدعوى في غير مجلس القضا ويبينون عند القاضي لدفع الحيل الخصومة
ويريد الكفيل بالمائة المطلقة المائة التي يدعيها المدعي كانه قال ان كانت لك عليه مائة واثبا
تفيد تلك المائة او نقول لو حمل هذا التزاما للمال المطلق لا يصح ولو حمل التزاما للمال المدعى به
يصح فيحمل لذلك تصحيحا لتصرفه فاذا بين المدعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانه الى ابتدا الدعوى والملا
يظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة
لمن كفل لرجل في غيبته فلما حضر الغايب قال انك اوثرت بالكفالة في حال غيبتي وقال الكفيل لا بل كان
ذلك ابتدا الكفالة في غيبتك ولم يصح بتلك الكفالة كان القول فيه قول الطالب لانه يدعي صحة الكفالة
والكفيل يدعي الفساد وهكذا ايضا في الذخيرة ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص الى
ان قال وقالا تجوز في حد القذف والمراد من الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص هو ان يتكفل رجل
بحد القذف بنفس القاذف او القاتل بان يحضره في مجلس القضا ليثبت المدعي عليه ما ادعاه واما الكفالة
بعين الحد والقصاص باطل بالاتفاق لان الكفالة انما تصح فيما تجري النيابة في ايفائه التقوم ليقوم
الكفيل مقام الاصيل والايفا والعقوبات لا تجري النيابة في ايفايها وقالا يجبر في حد القذف
لان فيه حق العبد ولهذا اشترط فيه الدعوى والمدعي يحتاج الى الجمع بين الشهود والمطلوب
ربما يغيب بنفسه فيحتاج الى ان ياخذ منه كفيلا والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة
في قولهما وفي الجواز من غير جبر على قول ابي حنيفة رحمه الله لانه من الحدود التي تتعلق بها حق العباد وذكر
في الفوايد الظهيرية وليس تفسير الجبر هنا الحبس لكن يامره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من
الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب
داره واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم
ياذن له في الدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي لان
الغالب فيه حق العبد على الخلوص فاذا كان فيه حق العبد مغلبا يجوز الجبر في اخذ الكفيل كما يجري في ساير
حقوق العباد بخلاف الحدود الخالصة كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت
نفس الكفيل به سوا اعطى الكفيل قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامة البينة فلان احدا لم
يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة
بها وان طابت نفس الكفيل به سوا اعطى الكفيل فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة
قبل التعديل يحبس وبالحبس حصل الاستيثاق فلا معنى لاخذ الكفيل واما في حد القذف والسرقة
فحضور المدعا عليه مجلس الحكم مستحق عليه بنفس الدعوى حتى يجبر القاضي على الحضور ويحول بينه
وبين اشغاله كما في ساير الحقوق فاذا كفل عنه كفيل بالنفس جاز كذا ذكره الامام المحبوبي ولان
مبنى الكل على الدرء ولا يجب فيها الاستيثاق اي بالكفيل فان لم يكفل عنه فلم يحبسه باقامة شاهد
عدل ومعنى الاحتياط في الحبس اكثر من اخذ الكفيل قلنا الحبس ليس للاحتياط ولكن لتهمة الدعارة والفساد
فيحبس تعزيرا له كذا في الفوايد الظهيرية ولا يجب فيها للاستيثاق اي بالتكفيل واذا لم يكفل عنه
ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس فان احضر البينة والا خلى سبيله هذا اذا
لم يقم البينة اما اذا اقام شاهدين مستورين او شاهدا عدلا لا يكفل عنه ايضا ولكن يحبسه
للتهمة والحبس بالتهمة مشروع كما روي ان رجلا حبسه النبي عليه الصلاة والسلام بالتهمة كذا في
الجامع الصغير البرهاني كما في التعزير اي يجبر المطلوب في اعطاء الكفيل في الشي الذي يجب فيه التعزير

وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في ادب القاضي ان في دعوى الجراحة للخطأ و القتل الخطأ و في
من الجراحات التي لا قصاص فيه وكل حق يجب فيه التعزير يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فان هذه الدعاوى
ودعوى المال على السواء فان التعزير محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على
الشهادة ويحلف فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالاموال ولو سمحت به نفسه اي ولو تبرع المدعا عليه باعطاء
الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص والحدود التي وقع الاختلاف في الجبر على اعطاء الكفيل وعدم
الجبر فيه بالاجماع وعن هذا نعلم ان الضمير في به راجع الى اعطاء الكفيل وان لم يجر له ذكر ولكن دل
الكلام عليه والضمير في نفسه راجع على المدعى عليه وهو المطلوب ولا يحبس فيهما اي في الحد وفي
بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص او شاهد عدل يعرفه القاضي اي يعرف كونه
عدلا فان يحبس لا يحبسه لانه انعدم العدد والعدالة لان الحبس للتهمة هنا والمتهم يحبس لما روى
بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان رسول الله عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وهو خلاف
الاموال حيث لا يحبس بشهادة الواحد فان اقصى ما يعاقب في الاموال وهو حال ثبوت المال والامتناع
من الايفاء هو الحبس فاذا كان الحبس اقصى العقوبة في الاموال لا يجوز ان يعاقب قبل ثبوت المال لا يعاقب
به بعد الثبوت وفي الحدود والقصاص الحبس ليس باقصى العقوبات فان اقصى العقوبات فيهما القتل
والضرب والقطع فجاز ان يعاقب قبل ثبوت القصاص بالحبس كذا ذكره الامام المحبوبي في الجامع الصغير
التهمة بالتحريك واصل التاء فيه واو من وهمت الشئ اوهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم
ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك كالتخمة اصل اوتهمت كما في اتكل
على فلان اصله اوتكلت اي اعتمدت قلبت الواو تاء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت منها فادغمت في تاء
الافتعال ثم بنيت على هذا الاسم اسماء من المثال فان لم تكن فيها تلك العلة توهما ان التاء اصلية
من تلك الاسماء التكلان والتخمة والتهمة كذا في الصحاح والمغرب والدهر والكفالة جائزتان في الخراج
لانه دين مطالب به الا ترى انه يحبس به ويلازم لاجله ويمنع وجوب الزكوة فيجوز الكفالة والرهن به
اعتبارا بسائر الديون كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** رحمه الله لانه دين يطالب به فان قلت
يشكل على هذا دين الزكوة لم يطالب من جهة العباد اما في الاموال الظاهرة فالامام واما في الاموال
الباطنة فلان ملاكها نواب عن الامام في اخذ الزكوة واداءها الى الفقراء بدليل ما مر في باب الزكوة ومع ذلك
لا يجوز الكفالة بدين الزكوة قلت قال الامام التمرتاشي رحمه الله ولو كفل بالزكوة بعد وجوبها في الاموال
الظاهرة والباطنة لا يصح لان الزكوة ليست بدين بل هي عبارة عن تمليك المال ولهذا لا يؤخذ من تركته
بعد موته فلا يصح الكفالة فعلى هذا كان قوله في الكتاب لانه يطالب به في الحياة والممات احترازا
عن دين الزكوة وقوله يمكن الاستيفاء احترازا عن الحدود والقصاص ثم قوله دين مطالب به راجع
الى الكفالة وقوله يمكن للاستيفاء راجع الى الكفالة وقوله يمكن للاستيفاء راجع الى الرهن اي يطالب
به فيصح الكفالة لان الكفالة تقتضي دينا يطالب به ويمكن الاستيفاء فيصح الرهن لان الرهن توثق
لجانب الاستيفاء وكان الاستيفاء هنا من باب اللف والنشر هكذا كان مكتوبا بخط شيخي والى هذا
اشار في الجامع الصغير للامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله فقال المقصود من الكفالة التوثق والاثام
ان يتوثق فيما يتوجه له المطالبة به من الخراج نظرا منه للمسلمين والكفيل انما يلتزم المطالبة بما
هو مستحق على الاصيل والخراج مستحق على من عليه وهو مطالب به واما الرهن فهو توثق بجانب
الاستيفاء والخراج مال واجب يطالب به من عليه ويجبر عليه في الحكم فيجوز اخذ الرهن به لتوجه
ان الرهن يختص بحق يمكن استيفاؤه من مالية الخراج والرهن بهذه الصفة ثم قال وانما اورد هذا
لان الخراج في حكم الصلات دون الديون المطلقة ووجوبه لحق الشرع كالزكوات فكان ينبغي ان لا
يصح الكفالة والرهن ولكن في حكم المطالبة بالايفاء والحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا اجوز
الكفالة والرهن منه ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب واخذ منه كفيلا اخر اي ذهب
رب الدين واخذ من ذلك الرجل الذي اخذ منه الكفيل اولا وهو المديون كفيلا اخر يصح ولا
يبطل الكفالة الاولى خلافا لابن ابي ليلى لان موجبه اي موجب عقد الكفالة التزام المطالبة
عندنا وانه يحتمل التعدد اعلم ان موجب الكفالة عندنا صيرورة ذمة الكفيل مضمومة الى ذمة

فلما كان كذلك لم يستقم الاستدلال على صحة الكفالة عند التعليق بالشرط [illegible] قلت لم [illegible]
في الشبهة [illegible] وكنت خطرت لي ان هذه الشبهة [illegible] الجواب [illegible] وجدت هذه الشبهة وجوابها
في الاسرار فقال لعل ما ذكر هذه الشبهة [illegible] بجواز الكفالة مع جهالة المكفول له [illegible]

[illegible]

قوله

قوله

قوله

فقال

الدين ممن عليه الدين كذا ذكره في الدخيرة في ذكر الفرق بين ابرا الدين وهبته في حق الكفيل من حيث
ان هبة الدين للكفيل ترتد بالرد وابرا الدين منه لا يرتد بالرد فقال الفرق بينهما هو ان الواجب
على الكفيل بعقد الكفالة مجرد المطالبة لا الدين لان الدين لو اعتبر واجبا في ذمة الكفيل بعقد الكفالة
مع ان المكفول عنه لم يبرا عن الدين يصير الدين الواحد دينين وانه خلاف الحقيقة ولا يصار اليه
الا لضرورة ولا ضرورة الى ايجاب الدين في ذمة الكفيل لان الكفالة موضوعة لوجوب المطالبة
والمطالبة قد تتوجه على الانسان من غير ان يكون المطالب به واجبا عليه كالوكيل بالشرا يطالب
بالثمن والاصل الثمن على الموكل حتى ان البائع لو ابرا الموكل عن الثمن يصح فلما كان على الكفيل مجرد الكفالة
كان الابرا اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق فلا يرتد بالرد بخلاف الهبة فان الهبة موضوعة
للتمليك وضرورة التمليك مست الى ايجاب الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لاما على غيره
لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فلما اعتبر الدين ثابتا في ذمة الكفيل لضرورة تصحيح
الهبة كان هبة الدين منه كهبة الدين من الاصيل وهبة الدين من الاصيل يرتد بالرد فكذا هبة
الدين من الكفيل بخلاف الابرا لان الابرا للاسقاط ويكفي للاسقاط وجود وجوب المطالبة فلذلك
لا يرتد بالرد او بالارث اي اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان كان الكفيل وارث المكفول له فمات
المكفول له يرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب وكما اذا ملك المحتال عليه يعني اذا احاله لم يكن للمحيل
دين على المحتال عليه فادى المحتال عليه للمال رجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما ادى لان المحتال عليه
بقبول الدين صار بمنزلة الكفيل والكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى فكذا المحتال عليه يرجع بما ضمن وكذلك
لو وهب المحتال له الدين للمحتال عليه او تصدق عليه او ورث من المحتال له او ادى دنانير او عروضا
عن الدراهم فانه يرجع على المحيل بالمال بمنزلة الكفيل وقد صرح في الايضاح بانه يرجع عليه بخلاف
ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة اي هناك يرجع الكفيل على المكفول عنه بما ادى
وهو خمسمائة درهم لا بما ضمن وهو الف درهم وانما قيد بقوله على خمسمائة درهم دون الدنانير والعروض
احترازا عما لو صالح على جنس اخر من الدنانير او العروض فان في ذلك يرجع على المكفول عنه بجميع الالف
التي كفل على ما يجي بعد هذا بخلاف ما اذا صالحه على الاقل من جنس حقه من الدين كان ذلك ابرا للكفيل
عما وراء بدل الصلح فان الكفيل لا يرجع على المكفول عنه بما يقابله من الابرا بل يرجع بما ادى لا غير لان الابرا
اسقاط بخلاف الهبة وذكر في المبسوط واذا كان لرجل على رجل الف درهم وبها كفيل عنه بامره فصالح
الكفيل الطالب على عشرة دنانير او باعه بها عشرة دنانير كان للكفيل ان يرجع على الاصيل بجميع الالف
لانه بهذا الصلح والشرا يملك جميع الالف لضرورة تصحيحها تحول الدين الى ذمة الكفيل فان الصلح على غير
جنس الحق يكون تمليكا كالبيع ولو صالح الكفيل على مائة درهم على ان وهب رب الدين تسعمائة للكفيل
فللكفيل ان يرجع بالالف كلها على المكفول عنه لانه ملك جميع الالف بعضها بالاداء وبعضها بالهبة
لان البعض معتبر بالكل وهذا لان الهبة تمليك في الاصل فمن ضرورة تصحيحها تحول الدين الى ذمة الكفيل
فلا يبقى للطالب في ذمة الاصيل شي ويتحول الكل الى ذمة الكفيل بتملكها بالهبة والاداء فيرجع
على الاصيل وقوله كما اذا ابراه الكفيل اي ابرا الكفيل عن الخمسمائة الباقية واخذ خمسمائة ثم يرجع الكفيل
على المكفول عنه بالخمسمائة المؤداة دون الالف لانه انما يرجع بما ادى وذلك خمسمائة او نقول معنى قوله
كما اذا ابرا الكفيل اي اذا ابرا صاحب الدين الكفيل عن كل الدين لا يرجع الكفيل على المكفول عنه لان بسا مع
الاصيل شي فاما المامور فغير ملتزم في ذمته شيا فيما فرضت له حق الرجوع بالاداء الا ترى انه لو وهب
المال له لم يصح اصلا فلذا اذا ابرا الكفيل عن بعض الدين لا يرجع الكفيل في حق ذلك البعض اعتبارا
للبعض بالكل وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يودي عنه فرق بين هذا وبين الوكيل
بالشرا فان له ان يطالب الموكل بالثمن قبل ان يودي من عند نفسه والوجه فيه ان الكفيل ملتزم
للمطالبة وانما يتملك الدين بالاداء فقبل الاداء لا ملك له فلا يرجع عليه فاما في باب الشرا فالوكيل من الموكل
بمنزلة البائع من المشتري فيما يرجع الى الحقوق على ما عرف فيثبت له المطالبة بالعقد كما تثبت للبائع
فكان له ان يطالب قبل ان يودي كذا في الايضاح وبانه انعقد بينهما اي بين الوكيل والموكل مبادلة
حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان وللوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل لاجل الثمن كما للبائع

الدين

وهذا لان الوكيل يستفيد الملك في المشتري من جهة الوكيل وكان الوكيل بمنزلة البائع والبائع بعد
على مطالبة الثمن قبل تسليم المبيع فصار كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره
فللمشتري الاول ان يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل ان ينقد الثمن الى البائع الاول فاذا ابرأ الطالب
المكفول عنه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل فان قلت ما الفرق بين هذا وبين ما
اذا كانت الكفالة ابتداء بشرط براءة الاصيل فان هناك لا يبرأ الكفيل وان برئ الاصيل وههنا اذا ابرأ
الطالب الاصيل بعد الكفالة يبرآن جميعا قلت انما نشأ الفرق بينهما من حيث الحقيقة والمجاز
فان الكفالة بشرط براءة الاصيل صار عبارة عن الحوالة مجازا اذ اللفظ اذا جعل عبارة عن غيره
مجازا سقط اعتبار حقيقته في نفسه يوضح الفرق بينهما ان الكفالة بشرط براءة الاصيل لا يكون
اسقاطا لاصل الدين والمطالبة تبقى على وجوب اصل الدين كما لا يبقى المطالبة على الاصيل بعد
الاسقاط وكذلك على الكفيل لما ذكره في المبسوط في اخر باب كفالة الرهط لان الدين عليه اي على
المكفول عنه في الصحيح احترازا عن القول الذي قاله بعضهم بوجوب اصل الدين لان عليه المطالبة
اي على الكفيل وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز اي بدون المطالبة على تأويل الطلب والتقاضي
اي يجوز ان يبقى الدين على الاصيل بدون المطالبة على الكفيل لان سقوط المطالبة لا يقتضي
سقوط اصل الدين **قوله** رحمه الله لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد فان قلت
هذا الاعتبار منقوض في حق الكفيل في رد الابراء فان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لا يرتد بالرد
بل يثبت الابراء وتسقط المطالبة عنه واما لو رد التاجيل وهو الابراء الموقت يرتد بالرد حتى وجب
عليه اداء ما تكفل به حالا واما في حق الاصيل فانهما سيان في انهما يرتدان بالرد والرواية في هبة
التتمة فعلم بهذا ان الابراء الموقت غير معتبر بالابراء المؤبد في جميع الصور بل فيها نقض فان في حق الكفيل
قلت النقض انما يرد ان لو كان ذلك في الحكم الذي وقع الكلام فيه والكلام في حق الثبوت والسقوط
بان ابراء الاصيل هل هو موجب براءة الكفيل وكذلك في ابراء الكفيل انه هل يوجب براءة الاصيل ام لا وكذلك
في تاخير الدين من احد الطرفين هل يوجب التاخير من الطرف الاخر ام لا وفي هذا ذلك الاصل الذي
ذكره مستقيم غير منقوض واما قبول الارتداد وعدم قبوله حكم اخر سوى الحكم الذي وقع الكلام
فيه وكان من حق السائل ان يطالب ما الفرق بين هذين الحكمين لا دعوى النقض ثم وجه الفرق بينهما
هو ما ذكره في الذخيرة فقال ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل وليس فيه تمليك مال لما
ذكرنا ان الواجب بعقد الكفالة على الكفيل حق المطالبة وقد امكننا تصحيح الابراء من غير ان يعتبر
المال واجبا عليه لانه موضوع للاسقاط والاسقاط المحض لا يحتمل الرد كاسقاط الخيار واما
الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتاخير
قابل للابطال بخلاف الاسقاط المحض ذكره في الفصل الخامس بعد كفالة الذخيرة وذكر في المبسوط
واذا كان المال من ثمن بيع او غصب وبه كفيل فاخر الطالب عن الاصيل الى سنة فابى ان يقبل ذلك
فالمال عليه وعلى الكفيل حال كما كان لان تاخير المطالبة في حق الاصيل بمنزلة اسقاطه بالابراء وابراء
الاصيل يرتد بالرد فلذلك التاخير يرتد برده فيبقى عليه المال حالا وكذلك على الكفيل لان التاخير
في حق الاصيل يجعل في حق الكفيل بمنزلة ما لو اجل الكفيل ولو اجل الكفيل وابى ان يقبل كان المال
يثبت حالا فكذلك اذا اجل الاصيل وهذا لان التاجيل لا يوجب انفساخ الكفالة سواء اجل الكفيل
او الاصيل ذكره في باب بطلان المال عن الكفيل من غير اداء ولا ابراء بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال
مؤجلا الى شهر وقوله مؤجلا حال من كفل اي كفل مؤجلا الى شهر الدين الحال بان كان على رجل الف
درهم حالة فقال رجل كفلت بها الى سنة فكان هو تاجيلا لاصل الدين فيعمل التاجيل لذلك في حق
الكفيل والاصيل بخلاف ما اذا كان التاجيل في حق الكفيل بعد وجود الكفالة حيث لا يكون تاجيلا
في حق الاصيل لان ذلك ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد وهناك لا يوجب الابراء المؤبد في حق الاصيل
فلذلك هذا الابراء وعن زفر المال على الاصيل حال لانه اجل الكفيل خاصة والتاجيل اسقاط المطالبة
الى غاية فاذا كان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فالتاجيل في حق الكفيل لا يمنع كون المال
حالا على الاصيل ولكنا نقول انما اجل الطالب ههنا اصل الدين لان الهاء في قوله واكفل بها الى

سنة

سنة كناية عن اصل الدين واضافة التاجيل الى اصل الدين المال يثبت الاجل في الاصيل والكفيل جميعا
لانه لما اضاف التاجيل الى اصل المال واصل المال في ذمة المطلوب ثبت الاجل في حق المطلوب ثم ثبت
في حق الكفيل بثبوته في حق الاصيل حتى لو اجل الكفيل بما التزمه بالكفالة بقي المال حالا على الاصيل وهكذا
نقول في الابراء اذا اضافه الى اصل المال يكون ابراء لهما واذا اضافه الى الكفيل خاصة لا يكون موجبا
براءة الاصيل هكذا ذكر المسألة في المبسوط في الموضعين وحاصل ذلك ان التاجيل لما دخل في ابتداء
الكفالة صار التاجيل وصفا لاصل الدين فعمل ذلك في حق الكفيل والاصيل كما في سائر اوصاف
الدين من الجودة والزيادة واما اذا كان التاجيل في حق الكفيل بعد وجود الكفالة لم يصر وصفا له
بل كان هو تاخيرا للمطالبة فتاخير المطالبة في حق الكفيل لا يكون تاخيرا في حق الاصيل وفيك في الفرق
بين هذه المسألة وبين ما اذا كفل بالمال الحال موجلا الى شهر وبين تاجيل الدين على الكفيل بعد
الكفالة تاخير للمطالبة عن الكفيل لان الملتزم بالكفالة المطالبة دون الدين عندنا فكان التاجيل
تاخيرا للملتزم لا للدين لان الدين لم يذكر في معرض التاجيل واما في هذه المسألة ذكر الدين في معرض
التاجيل فوجبت المطالبة عليه ابتداء موجلة وان يكون عليه موجلا ابتداء الا بعد ثبوت التاجيل
في حق الاصيل لان حال وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل الا الدين فيوجل في حقهما كذا ذكره الامام
المرغيناني رحمه الله والكشاني فصار الاجل داخلا فيه اي في الدين اما ههنا اي فيما اذا اخر عن
الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصيل فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة
الاخر والمسألة على اربعة اوجه ان شرط براءتهما في الصلح برئا جميعا عن خمسمائة وان شرط براءة
المطلوب فكذلك يبرآن جميعا وان شرط براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف
بحاله على الاصيل وان لم يشترطا في الصلح براءة واحد منهما بان قال الكفيل للطالب صالحتك على
الالف على خمسمائة ولم يزد على هذا وهي مسألة الكتاب برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح
الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل لا يستوجب دينا وانما يستوجب المطالبة فبرئ الاصيل
من ذلك لضرورة اضافة الصلح الى الالف المعهودة وهي على الاصيل لان فاوجب براءته فبرئ الكفيل ضرورة
لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره لانه
اوفى هذا القدر بخلاف ما اذا صالح على جنس اخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف فان قيل
لم لا يجعل في متحدي الجنس كذلك بان يجعل الالف واجبة في ذمة الكفيل لتقتضي صحة الصلح مع الكفيل
حتى يصير البراءة لو كان الصلح عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس حيث يعتبر
الالف واجبة في ذمته لتقتضي صحة الصلح حتى كان له الرجوع بجميع ما كفل به على المطلوب قلنا الالف
انما نقدر وجوبها في ذمة الكفيل عند قيام الحاجة الى التمليك الالف منه ومتى وقع الصلح على خلاف
جنس الحق احتجنا الى تمليك الالف منه لان الدنانير تصلح بدلا عن الالف فعند الحاجة الى التمليك اما الالف
تعتبر الالف واجبة في ذمته حتى يملك ما في ذمته لا ما في ذمة غيره لان تمليك الدين من غير من عليه
الدين لا يصح وفي مسألتنا لا حاجة الى تمليك الخمسمائة بغير الكفيل حتى يعتبر الالف واجبة في ذمته لان الخمسمائة
انصلح عوضا عن الالف لما فيه من الربا فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للاصيل فتضمن براءة الاصيل
براءة الكفيل فيبرآن عن خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره على ما ذكرنا كذا ذكره
الامام المرغيناني والمحبوبي رحمهما الله ولو كان صالح اي الكفيل عن ما استوجب بالكفالة اي عما وجب
بالكفالة وهو المطالبة صورته ما ذكر في المبسوط انه لو صالحه على مائة درهم عن ابراء الكفيل خاصة
من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون
فسخا للكفالة ولا يكون اسقاطا لاصل الدين وذكر في شرح الطحاوي رحمه الله اما الوجه الذي يوجب
براءة الكفيل دون الاصيل وهو ان يشرط الطالب في الصلح براءة الكفيل خاصة والطالب بالخيار ان شاء
اخذ دينه من الاصيل وان شاء اخذ من الكفيل خمسمائة درهم ومن الاصيل خمسمائة درهم ويرجع الاصيل
على الكفيل بما ادى ان كان الصلح بامره اذ فيه الامر بالصلح ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت
الي من المال وقوله قد برئت متصل بقوله قال اي قال رب الدين للكفيل برئت الي من المال الذي كفلت
به عن فلان فهذا اقرار بالقبض حتى لا يرجع الطالب وهو رب الدين على المكفول عنه ولا على الكفيل بشيء لما

ذكر في الكتاب رمزا وقوله وقد دفعت الى المال او نقدتني او قبضته منك سوا والحوالة في هذا كالكفالة
وهنا ثلاث مسائل احدها هذه والثانية اذا قال ابراتك منه لم يكن هذا اقرارا بالقبض حتى كان
للطالب ان ياخذ الاصيل بالمال والثالثة اذا قال برئت من المال ولم يقل الي فهذا اقرار بالقبض عند ابي
يوسف رحمه الله كقوله برئت الي وعند محمد رحمه الله كقوله قد ابراتك فيثبت الادني وهو براة الكفيل
بدون الايفا والايرجع الكفيل بالشك وذلك لان قوله برئت يحتمل البراة بالقبض ويحتمل البراة بالابرا
فقد تيقنا حصول البراة باي الامرين كان وشككنا في الادا فلا يثبت الادا بالشك بخلاف قوله
برئت الي لانه لا يحتمل الا البراة بالقبض لانه لا يقال برئت الي الا في ابراتك ويقال لا في ابراتك وفرق
محمد رحمه الله بين هذا وبين ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه بري الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه
يكون اقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الي وان اضاف البراة الى الكفيل خاصة لان الكتابة انما
حملت اقرارا بالقبض بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراة اذا حصلت
البراة بالايفا وان حصلت بالابرا لم يكتب الصك عليه فحملت الكتابة به اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند
الابرا فافترقا وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول اي قوله برئت مثل قوله برئت الي لانه اقر ببراة
ابتدا وهامن المطلوب وهو الكفيل في الخصوص فانه ذكر حرف الخطاب وهو التا وانما يذكر هذا
اذا وجد فعل مضاف اليه على الخصوص كما يقال قمت وقعدت والبراة التي توجد من الكفيل خاصة البراة
بالايفا لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع له البراة وان لم يوجد من الطالب صنع
فاما البراة بالابرا لا يوجد بفعل الكفيل وانما يوجد بفعل صاحب المال فلا يكون حينئذ مضافة الى الكفيل
وما قاله محمد رحمه الله انما يستقيم اذا كان الاحتمالان على السوا وقد ترجح احد الاحتمالين وهو البراة
بالقبض لما ذكرنا واختلف المتاخرون من مشايخنا فيما اذا قال المدعا عليه ابراني المدعي عن الدعوي التي يدعي
علي منهم من قال يكون اقرارا كما لو قال ابراني من هذا المال ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوي قد
تكون حقا وقد تكون باطلا ولو قال الطالب للكفيل انت في حل من المال فهو كقوله ابراتك لان لفظة
الحل يستعمل في البراة بالابرا دون البراة بالقبض كذا ذكره الامام المحبوبي وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان
الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل فان قلت في هذا اللفظ شبهتان احدهما هي ان المجمل هو
الذي لا يمكن العمل به الا ببيان المجمل وهاهنا العمل ممكن في الاوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكروا
من وجوه البيان خصوصا في الوجه الاول والثاني والثانية هي انه ذكر في الكتاب في تعليل الوجه الاول
بقوله لان البراة التي ابتداوها من المطلوب وانتهاوها من الطالب لا تكون الا بالايفا وكذلك حمله الامام
المحبوبي ذلك القول بمنزلة قوله دفعت الي المال او قبضته منك فلما كان ذلك القول من الطالب نصا للمسالة
في البيان بحيث لا يحتمل عن الايفا فلم يرجع اليه في البيان بعد هذا وهو مبين لانه لو كان قال دفعت
الي المال كان لا يرجع في البيان اليه ثانيا لكونه مبينا في الاقرار بالايفا والقبض في الوجه الاول فلحق بذلك
القول في ذلك القول لا يرجع اليه في البيان ثانيا فيجب ان يكون هاهنا كذلك ولا يرجع اليه وان كان
حاضرا قلت الجواب لكلتي الشبهتين شي واحد وهو ان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفا
الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستفادة بان يقال برئت
الي لاني ابراتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكروا في تعليل الاوجه الثلاثة كله استدلال على
الايفا او عن الايفا فكان العمل به عند العجز بالعمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في
ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفا والابرا
هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت كونه حاضرا ليكون العمل به
عملا بدليل لا شبهة فيه ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بالشرط بان قال اذا جا غد فانت بري من الكفالة
فان قلت يشكل هذا بما ذكر في الايضاح في باب الكفالة بالمال اذا شرطان لم يوافي به فعليه المال في قوله
ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا بري فوافاه من الغد فهو بري من المال فقد جوز تعليق البراة عن
الكفالة بالمال بموافاة المكفول قلت انما لا يجوز تعليق البراة اذا علق براة الكفيل بشرط لا منفعة للطالب
اصلا في ذلك الشرط كدخول الدار ونحو ذلك لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة
بخطر لا تعامل للناس فيه لما فيه من التمليك من وجه واما البراة عن الكفالة بالمال بالموافاة المكفول به براة متعلقة

لما فيه من ابرا البعض واستيفا البعض وتعليق البراة عن البعض بايفا البعض متعامل الا ترى ان صاحب
الدين اذا قال عجل خمسمائة على ان ابراتك من الباقي كان جائزا وان علق البراة عن البعض بتعجيل البعض
دل على ان البراة على هذا الوجه متعامل كذا في مبسوط شيخ الاسلام هذا هو وجه اختلاف الروايتين
في جواز تعليق البراة من الكفالة بالشرط وعدم جوازه الذي ذكره في الكتاب بقوله ويروى انه يصح لعدم
ما ذكرنا انه لا يجوز اي لا يجوز تعليقها بشرط غير متعارف ويجوز تعليقها بشرط متعارف كما هو الحكم في
تعليق الكفالة بالشرط على ما ذكرنا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود وهو
الزجر وان تكفل عن البائع اي للمشتري بالمبيع لم يصح اي بالمبيع بعينه على معنى انه لو هلك يغرم بدله
فانه لا يصح اما لو تكفل بتسليم المبيع فذلك يصح على ما يجي وقد ذكرنا في صدر كتاب الكفالة منسوبا
الى الذخيرة ما يبين شرط جواز الكفالة على الخصوص كون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث يجبر
الاصيل على تسليمه لان الكفالة بضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في التزام المطالبة بما على الاصيل
فلذلك لم يكن بد من ان يكون المكفول مضمونا على الاصيل ليكون مطالبا به فيلتزم الكفيل ما كان
المطالبة وعن هذا قلنا بان الكفالة بالامانات كالودايع واموال المضاربات والشركات باطلة
لان هذه الاشيا غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها واما الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة والكفالة
بعين العارية والمستاجر باطلة واما الكفالة بتسليمها ذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله ان الكفالة
بتسليم العارية باطلة وهذا ليس بصواب وقد نص في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة
وفي القدوري ان الكفالة بتسليم المبيع صحيحة وان هلك المبيع لا يجب على الضامن شي كما في الرهن
وذكر في التحفة واما الكفالة بالاعيان فهي انواع ثلاثة احدها كفالة بعين هو امانة لكنه غير واجب
التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة وهي لا يصح اصلا والثاني هو كفالة بعين هو امانة
لكنه واجب التسليم كالعارية والمستاجر في يد المستاجر وكذا العين المضمون بغيره كالمبيع قبل
القبض مضمون بالثمن وكالرهن مضمون بالدين الجواب في الكل واحد وهو انه يصح الكفالة بتسليم
العين فان هلك العين لا يجب على الكفيل قيمة العين والثالث العين المضمون بالقيمة كالمغصوب والمبيع
بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا يصح الكفالة ويجب عليه تسليم العين ما دام قايما واذا هلك
يجب عليه تسليم قيمته متى ثبت الغصب بالبينة او بالاقرار لانه غير مضمون بالثمن حتى لو هلك في يد
البايع يسقط الثمن عن المشتري وينفسخ البيع بخلاف المغصوب فانه مضمون بنفسه لا مضمون بقيمته
والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله في احد الكفالة بالاعيان
المضمونة في يد من هي في يده يصح اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمقبوض على البايع وهذا مذهبنا
وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الكفالة بالاعيان المضمونة والكلام بعد راجع الى الاصل الذي ذكرنا
ان عند الخصم موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الديون لا الاعيان
ولان من شرط صحة الكفالة ان يكون قادرا على الايفا من عنده وهذا يتصور في الديون واما تسليم
عين هي في يد الغير فالكفيل عاجز عنه ونحن نقول بان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان
مضمونا على الاصيل ورد العين مضمون على الاصيل فصح الالتزام من الكفيل واما قوله بانه لا يقدر على
الادا من عنده قلنا تسليم ما التزمه متصور في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده لا يعتبر فيه
التصور كذا في الايضاح فالواجب في الاعيان المضمونة تعينها على الكفيل تسليم عينها عند الوجود وعلى
عينها وتسليم قيمتها ان كان يعتذر اذا ثبت وجوبه على المكفول عنه بالبينة واما اذا ثبت بالاقرار فلا
يجب على الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة حيث يقتصر على المقر ولا يتعدى الى الغير وفي المبسوط في
باب الكفالة بالاعيان واذا ادعى عبدا في يدي رجل لم يقدمه الى القاضي فاخذ منه كفيلا بنفسه
وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده فان القاضي يقضي بقيمة
العبد على المطلوب وان شا على الكفيل لانه يثبت بالبينة ان العبد كان مغصوبا باداء الكفالة بالعين
المغصوبة توجب على الكفيل رد القيمة عند تعذر رد العين كما انها واجبة على الاصيل وان لم تقم البينة
ولكن المطلوب نكل عن اليمين يقضي له القاضي بالعبد فمات العبد قبل ان يقبضه فانه يقضي له
بقيمته على الاصيل دون الكفيل لان نكوله كاقراره او كبذله فلا يكون حجة على الكفيل الا ان يقر الكفيل

[illegible]

بمثل ذلك او يأبى اليمين فيلزمه ما يلزم المطلوب ولو غصب رجل عبدا فضمنه رجل لصاحبه فهو ضامن
له حتى يأتي به فان هلك فعليه قيمته لانه التزم المطالبة بما على الاصيل والقول قول الكفيل في قيمته لانكار
الزيادة كالاصيل فان اقر الغاصب باكثر من ذلك لزمه الفضل باقراره ولا يصدق على الكفيل وقوله
كالوديعة والمستعار فيهما تفاوت لان الكفالة بالوديعة لا تصح لا بعينها ولا بتسليمها لان رد الوديعة
غير واجب على المودع بل الواجب عليه عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها على ما ذكرنا
من رواية التحفة واما العارية فقد ذكر في الايضاح ان عينها غير مضمونة وتسليمها مضمون فلذلك
اذا ضمن بالتسليم جاز وكذلك لو ضمن ضامن عن المواجر تسليم العين الى المستاجر جاز لان التسليم مستحق
عليه ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض جاز وفي المبسوط ولو اشترى عبدا من رجل ونقد الثمن واخذ
منه كفيلا بالعبد حتى يدفعه اليه فمات العبد لم يكن على الكفيل شيء لان العقد قد انفسخ بموته قبل
القبض وبرئ الاصيل عن تسليم عينه فكذلك الكفيل والكفيل ما ضمن الثمن فلا يطالب بشيء منه ولو كفل
بتسليم المبيع قبل القبض اي بعد دفع الثمن الى البائع او بتسليم الرهن على المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى
المرتهن الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة والكفالة عن المرتهن للراهن
لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا يجوز
وفي الايضاح فان كفل كفيل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه يستحق على المرتهن رده اذا قبض الدين
فان هلك سقط الضمان لانه لا يجب على الاصيل شيء بهلاكه فلا يجب على الضامن ايضا واما العارية فعينها
غير مضمونة وتسليمها مضمون فان ضمن بالتسليم جاز وذكر في المبسوط واذا كفل رجل بالرهن وفيه
فضل على الدين فهلك عند المرتهن لم يكن على الكفيل شيء لان عين الرهن امانة في يد المرتهن والزيادة
على مقدار الدين من مالية الرهن امانة في يد المرتهن فلا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو كان
ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكان الرهن قيمته ستمائة والدين الف ضمن الكفيل ما بقي
دينه لانه ضمن والتزم الالف بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون
من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن كان خارجا من الرهن لان ضمان الاستيفاء باعتبار
يد المرتهن ولم يبق بعد ما استعاره الراهن ولم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل
بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل
واخذه به لان الراهن ضامن مالية العين هاهنا الا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون
هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب وقوله او بتسليم المستاجر بفتح الجيم الى المستاجر بكسرها جاز وفي
المبسوط ولو تكارى دابة او عبدا ويحمل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة واخذ له كفيلا بذلك
حتى يدفعه اليه فان الكفيل يؤخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على الاصيل وهو مما يجري
فيه النيابة فتصح الكفالة به فان هلك المستاجر لم يكن له على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت
وخرج الاصيل من ان يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر
ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه اعلم ان هذه الكفالة
انما لا تصح لان الكفيل يعجز بالحمل على دابة معينة فكان المكفول به مركبا من شيئين وهما الحمل والدابة
المعينة وهذا المكفول به عند تركبه من هذين الشيئين غير مقدور للكفيل لانه وان كان للكفيل
ابل يحمل عليها لكن الحمل على ابل الكفيل لا يكون حملا على تلك الابل المعينة فلذلك لا يكون الكفيل
قادرا على هذا المكفول به ومن شرط الكفالة ان يكون تحصيل المكفول به مقدورا للكفيل
وانما قلنا ان المراد هذا لان الكفيل لو كفل بكل واحد من هذين المركبين فانه جائز حتى لو استاجر
رجل ابلا معينة من رجل وكفل بها رجل بتسليمها الى المستاجر فانه يصح كذا في المبسوط وكذلك
لو استاجر ابلا غير معينة للحمل فكفل بالحمل رجل صح على ما هو المذكور في الكتاب فعلم بهذا ان
عدم الجواز فيما اذا كان المكفول مركبا من هذين الشيئين والدليل على صحة ما قلنا ما ذكر
في المبسوط في باب الكفالة بالاعيان ولو اكراه ابلا فاعطاه كفيلا بذلك كان لان تسليمها مستحق
على الاصيل ولو كانت الابل باعيانها فاعطاه كفيلا بها كان جائزا ما دامت قائمة باعيانها
لان الاصيل مطالب بتسليمها بالعقد فاذا هلكت فقد انفسخ العقد وبرئ الاصيل عن التسليم

[illegible]

لا يعتمد تمام الدين [illegible] المدنون الا ترى ان رجلا لو قال لفلان [illegible]

وعليه اداؤه فان [illegible] قوله والتبرع [illegible]

عن قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا كان له [illegible]

عليه ما قضا [illegible] عن اداء الدين [illegible] وقوله حلف اي الكفيل

والملا لحلف الميت [illegible] خلف الميت [illegible]

خلفا فرجا اداء الدين [illegible]

لقوله خلفه يعني ان كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجا اداء الدين منهما باق فيكونان خلفا له

لوجود

[illegible]

[illegible] من الشروط والاسرار ومن

[illegible] الصغير المشكل

[illegible] صاحب المال [illegible]

[illegible] الضمير المشكل [illegible]

[illegible] صاحب المال [illegible]

[illegible] الكفيل [illegible]

[illegible] الكفيل [illegible]

عند ان يسترد الا لغرض الكفيل لان الاصيل لما دفع المال الى الكفيل ليصير حقا له اذا ادى الكفيل الى الطالب

لبة

له

من مال نفسه وفيما لو سقط عن ذلك الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب لا يكون له ان يسترده لما اشترى
شيئا بشرط الخيار فقبض الثمن ثم سقوط الخيار [illegible] ان يسترد قبل نقض البيع لا علك لان الدفع كان لغرض
وهو ان يصير مقتضيا عند سقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال لم يكن له ان يسترده كذلك ههنا [illegible]
[illegible] ولانه ملكه بالقبض اي وكان الكفيل ملك الالف بالقبض هذا اذا كان الدافع الى
الكفيل [illegible] على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه [illegible] اي لا امن ان ياخذ الطالب منك حقه وانا اقضيك [illegible]
ان يؤدي فيقضي وهو مقتضيه [illegible] على ما ذكر [illegible] اما اذا قضى الدين [illegible]
اذا كان الدفع الى الكفيل على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب هذا [illegible]
عن [illegible] الى الكفيل على وجه الاقتضاء على ما ذكرنا [illegible] وان ربح الكفيل فيه اي في الالف فهو له [illegible]
هذا اذا كان [illegible] على وجه الاقتضاء واما اذا كان قبضه على وجه الرسالة فلا يطيب له الربح في قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ملكه حين قبضه لان الكفيل متى قبض الدين من المكفول عنه [illegible]
[illegible] المكفول عنه وصاحب الدين حتى [illegible] الدين [illegible] بالاستغلال [illegible]
[illegible]
[illegible] المكفول عنه [illegible] الاداء [illegible] الكفيل من الاصيل [illegible] هذا المال [illegible]
[illegible] الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب [illegible]
الى الطالب [illegible] على الاصيل كذا ذكره الامام قاضي خان والامام المحبوبي [illegible]
[illegible] اذا قضى المطلوب بنفسه اي ادى المديون الدين بنفسه الى رب الدين [illegible]
له للكفيل [illegible] على الكفيل [illegible] على المكفول عنه لان الكفالة هي ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة لا في الدين [illegible] ذكرنا في فوايد الجامع الصغير لقاضي خان والمحبوبي [illegible] وجوب الدين للطالب
على الكفيل [illegible] للطالب [illegible] على الكفيل [illegible]
اداه الكفيل [illegible] على قول ابي حنيفة في الربح الذي حصل للكفيل بتصرفه [illegible]
[illegible] ثم ادى المديون الذي [illegible] واما اذا قضاه الكفيل [illegible]
[illegible] اذا كان [illegible] على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له [illegible]
محمد رحمه الله [illegible] قوله في [illegible] قول ابي حنيفة [illegible] الملك الى [illegible] ولو كان
[illegible] المكفول عنه [illegible] الكفيل [illegible]
[illegible] ابو حنيفة رحمه الله ان يرده على الذي قضاه اي ان يرد الكفيل الربح على المكفول عنه [illegible]
[illegible] المكفول عنه [illegible] للكفيل [illegible]
[illegible] المكفول عنه [illegible] المكفول عنه [illegible]
[illegible] على المديون [illegible] للكفيل [illegible]
[illegible] الرسالة او على وجه الاقتضاء [illegible] ما ذكره الامام قاضي خان [illegible]
المسالة على [illegible] الكفيل على وجه الرسالة بان قال للكفيل [illegible] المال [illegible]
الطالب [illegible] لا يطيب له الربح في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله سواء كان المال [illegible]
[illegible] ابي يوسف رحمه الله يطيب [illegible] على وجه الاقتضاء بان دفع المال [illegible]
[illegible] لا امن [illegible] الطالب منك حقه [illegible] ان [illegible]
احد الطالب [illegible] الكفيل [illegible] الاصيل [illegible] له الربح [illegible]
وان اخذ الطالب [illegible] الاصيل [illegible] على الكفيل [illegible] يطيب له الربح وان كان المقبوض
مما [illegible] فالربح [illegible] وان كان المقبوض مما يتعين بالتعيين [illegible] قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله [illegible] الروايات [illegible] قول ابي حنيفة رحمه الله في رواية كتاب البيوع يطيب الربح للكفيل
وذكر [illegible] الكفالة [illegible] الاصيل [illegible] وفي رواية هذا الكتاب يرد الربح على الاصيل
[illegible] ابو حنيفة [illegible] الكفيل في الحال مترددا ان
اخذ الطالب حقه يتقرر وان اخذ حقه من الاصيل ينتقض ملك الكفيل في المقبوض فكان الملك قاصرا ولو انعدم

الملك

الملك اصلا كان الربح خبيثا فاذا كان قاصرا لتمكن فيه شبهة الخبث فلا يطيب له فيتصدق به في رواية
لان سبيل الخبث التصدق وفي رواية يرد على الاصيل الى اخر ما ذكرنا فلما كان الربح حاصلا له في ملك
نفسه فيطيب له وعن ابي حنيفة رحمه الله ان ملك الكفيل في الحال مترددا ان اخذ الطالب حقه يتقرر وان
اخذ حقه من الاصيل ينتقض ملك الكفيل في المقبوض فكان الملك قاصرا ولو كان انعدم الملك اصلا
كان الربح خبيثا فاذا كان قاصرا تتمكن فيه شبهة الخبث فلا يطيب فيتصدق به في رواية لان سبيل الخبث
التصدق وفي رواية يرد على الاصيل لان الخبث لحقه فان ردها عليه ان كان الاصيل فقيرا طاب له وان
كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه فامره الاصيل ان يتعين
عليه اي على الاصيل اي امر الاصيل الكفيل ان يعامل لانسان بطريق العينة وكان معنى قوله يتعين على
حريرا يعني اشتر لي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه ثم اقض ديني فاذا فعل يصير الوكيل مشتريا
لنفسه كما لو وكله شراء شي لانه لم يبين وكيلا عنه بحكم هذا الامر فانه لم يبين مقدار الحرير ولا مقدار الثمن
ومثل هذا التوكيل لا يصح واذا صار مشتريا لنفسه فالربح الذي ربحه البايع على المشتري وهو الكفيل دون
المكفول عنه وان ضمن المكفول عنه بقوله تعين علي ثم معناه ان بعت باقل من ذلك فالخسران علي والخسران
غير مضمون على احد فكانت الكفالة به باطلة لرجل قال لاخر بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران
تصيبك فانا ضامن به لك كان باطلا وانما كان هذا الضمان باطلا لان الضمان انما يصح بما هو مضمون والخسران
غير مضمون فلا يصح ضمانه كذا ذكره الامام المحبوبي وقوله مثل ان يستقرض من تاجر الى اخره اعلم ان لبيع العينة صورتين
احدهما هي التي ذكرها في الكتاب والثانية ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في هذه الصورة التي ذكرها
في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم
الثوب ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة وياخذ منه عشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما
توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وهذا النوع من البيع وهو اخترعه اكلة الربوا وقد
ذمهم رسول الله عليه الصلاة والسلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم
س عدوكم وقيل اياك والعينة فانها لعينة ومصداق هذا الحديث ما دهانا من البلاء وهمنا من اللاواء واذا الناس
في زماننا بعضهم اشتغلوا بالعين فابتلوا بهذه العين وبعضهم اقبلوا على الجد في الزراعة ففزعوا لقارعة ذات باس
وبطانة وعلاوهم اخذوا في اقتراب ابواب السلطان فاخذوا بانواع الافتتان ربنا ظلمنا انفسنا وان لم تغفر لنا
وترحمنا لنكونن من الخاسرين ربنا اكشف عنا العذاب انا مؤمنون كذا ذكره الامام المرغيناني رحمه الله في الفوايد وهو
في هذا الوقت الذي نحن فيه حيث نزل بيع العينة منزلة البياعات الصحيحة بالنسبة الى ساعات هذا الزمان فلا
جرم ابتلوا ببلايا اشد مما كان البلاء فيمن قبلهم كما ذكره الامام المحبوبي رحمه الله عن محمد بن سلمة فانه كان يقول بيع
للتجار ان العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم وقوله نظرا الى قوله على وهي كلمة ضمان وهو فاسد اي
الضمان فاسد لما ذكرنا ان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على المكفول عنه والخسران غير مضمون على
احد فلا يصح ضمانه وليس بتوكيل لانه لم يقل بعني ايها المال علي وهي كلمة ضمان وكذا الثمن غير معين اي غير
معلوم بان يقال لا نسلم بان الثمن غير معلوم بل الثمن معلوم وهو ان الاصيل لما قال تعين علي حريرا صار كانه
قال بع بيع العينة بمقدار الدين الذي هو علي والدين الذي عليه معلوم والثمن مقدر بمقدار الدين لا محالة
فكان الثمن معلوما بهذا الطريق فاين جاءت الجهالة فقال في جوابه سلمنا ان الدين معلوم لكن بيع العينة لا
يتحقق الا بالزيادة على الدين لما ذكر من صورتي بيع العينة حيث لا يكون الا بالزيادة من قيمة السلعة وتلك الزيادة
مجهولة لانه لا يعلم كم يزيد البايع على قيمة السلعة فالمزيد مع المزيد عليه ثمن السلعة فكان ثمن السلعة غير معلوم بهذا
الطريق فعلم بهذا ان عدم معلومية الثمن انما جاء من جهالة الزيادة فصح قوله وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد
على الدين وقوله وكيف ما كان اي سواء كان كفالة او وكالة ان له اي على الكفيل الف درهم لم يقبل اي لم تقبل بينة
المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه لانه كفل بما يقضي له على الاصيل بعد الكفالة فما لم يثبت المال مقضيا به
على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته لانه
يكون قضاء على الغايب وهو لا يصح فلذلك يتوقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى ان يحضر حتى يكون الكفيل
مطالبا بالعين المقضي به على الاصيل كما شرط في عقد الكفالة لان الامر كانه لم يامر الكفيل على الاصيل بمال الطالب
لا يلزمه الا اذا احضر الاصيل وقضى عليه ويلزم الكفيل وقبل ذلك كانت بينة على الغايب والبينة على الغايب

[illegible]

لا يقبل عند قاضي لو ادعى ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام البينة على
ذلك قلت كذا في شرح الجامع الصغير او مال يقضي معطوف على قوله مالي مقضي به وهذا ماض اريد به المستقبل
كقوله اطال الله بقاك معناه يطيل الله ولذلك ما يكتب في المواثيق يشهد فلان ان فلان بكذا ويراد به
المستقبل والدعوى مطابق عن ذلك فلا يصح اي دعوى المدعي على الكفيل غير متعرض بان وجوب المال له على الاصيل
عنه بعد كفالة الكفيل فلذلك لم يصح دعواه على الكفيل ذلك المال والكفيل انما كفل عنه بالمال الذي يجب على المكفول
عنه بعد كفالته لما ان المراد من قوله بما ذاب له او بما قضى له عليه وان كانت ماضيا لفظا والمراد به المستقبل ذكره
الامام قاضي خان وكذا قوله ما ذاب لك على فلان لان الذوب عبارة عن الوجوب فانما كفل بما يجب على المكفول عنه
بعد الكفالة فاذا اقام المدعي البينة ان له على الغائب الف درهم يحتمل ان يكون واجبا بعد الكفالة ويحتمل ان
يكون قبله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة واقامة البينة فثبت ببينته لانه
ادعى عليه ما لا دخل في الكفالة وان كانت الكفالة بغير امره يقضي على الكفيل خاصة للطالب حتى لو ادى
الكفيل لم يرجع على الاصيل بشيء وليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل الا ترى انه لو قال
لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل يجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء كذا في الجامع الصغير لشمس
الائمة السرخسي رحمه الله وانما يقبل اي اقامة البينة من المدعي حتى يقضي بها على الكفيل لان المكفول به مال
مطلق اي غير موصوف بان يكون المال المكفول به مقضيا به بعد الكفالة على المكفول عنه كما كان موصوفا
بذلك في المسألة المتقدمة وهي قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فكان المكفول به
مالا موصوفا بكونه مقضيا به على المكفول عنه بعد الكفالة على ما ذكرنا فما لم يجب المال على المكفول عنه بتلك
الصفة لا يجب على الكفيل فكان دعوى المدعي هناك غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه فلذلك
لم يقبل دعواه على الكفيل هناك واما هاهنا ادعى المدعي على الكفيل الكفالة بمال مطلق اي غير موصوف بانه
مقضي به على المكفول عنه بعد الكفالة واقام البينة على وقوع دعواه فكذلك يقضي به على الكفيل وقوله خلاف
ما تقدم اشارة الى هذا الذي ذكرنا وهو قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه لم يقبل
وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير ثم الفرق بين هذا وبين الاول ان هناك انما ادعى
الكفالة بمال موصوف فما لم يظهر تلك الصفة فيما يدعيه من المال لا يكون كفيلا عنه وهاهنا ادعى عقد الكفالة
بمال مطلق الا ترى ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك
عليه شيء لم يلزمه من المال شيء وهاهنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم ولكن ليس لك عليه شيء لم يلتفت
الى قوله واجبر على اداء ما كفل به فيتضح الفرق وقوله وانما يختلف اي حكم القاضي بالرجوع على الاصيل وعدمه
بالامر وعدمه هذا اشارة الى ما ذكر قبله من ان المدعي اذا اثبت كفالة الكفيل بالبينة انه كفل بامر المكفول
عنه كان حكم القاضي بالرجوع على الاصيل وعدمه بالامر وعدمه هذا اشارة الى ما ذكر قبله من ان المدعي اذا
ثبت كفالة الكفيل بالبينة انه كفل بامر المكفول عنه كان حكم القاضي بتلك البينة حكما على الكفيل خاصة
فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى المدعي المال وصورته رجل ادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل
ماله قبله من المال فجحد الكفيل ذلك واقام المدعي البينة على الكفالة والمال قضى بالكفالة وبالمال على المكفول عنه
الغائب سواء ادعى الامر او لم يدع قلنا في الفرق بينهما ان المدعي ثمه كان مالا مقدرا امكن اثبات ذلك المال
على الكفيل باعتبار اقرار نظرا الى الكفالة ليتضمن الاقرار بالمال فلا حاجة الى تعديه المال الى المكفول عنه والمدعى
منتف وفيما اذا ابهم الكفالة من الوجه الذي قلنا لا يمكنه اثبات المال على الكفيل باعتبار اقرار لتعطل الكفالة
بصفة الابهام عن الاقرار بالمال الا ترى انه لا يطالبه بشيء لو وقع الاقتصار على الكفالة بصفة الابهام عن الاقرار
بالمال ضرورة الى الاثبات كما لو تعدية الى المكفول عنه عملا بالبينة وجعل المسألة في الجامع الكبير على اربعة
اوجه فقال اما ان كانت الكفالة مطلقة نحو ان يقول كفلت بما لك على فلان او مقيدة نحو ان يقول كفلت
لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما ان كانت الكفالة بامر المكفول عنه او بغير امره فان كانت
مطلقة فالقضاء على الكفيل يكون قضاء على الاصيل سواء كان بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى حقه
من الكفيل الا بعد اثبات حقه على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل انه ليس للطالب شيء على الاصيل
فاذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا فالمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا
ادعى على الحاضر حقا لا يمكن اثباته عليه الا باثباته على الغائب فالمسألة هنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين

على

[illegible]

نعم ولو قبل الكل ثم نقد حصة احدهما ملك فنقض بنصيبه بخلاف الاول اما الخراج فقد ذكرناه اي قبل
هذا باوراق بقوله والرهن والكفالة جايزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء الى اخره ثم قيل
المراد من الخراج الذي يصح الكفالة عنه الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة
على مال على ما راه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما خرج من الارض فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن
في معنى الدين وهو اي الخراج يخالف الزكوة لانها اي الزكوة مجرد فعل وذكر الامام حسام الدين الاخسيكتي رحمه
الله في الفرق بينهما فقال الخراج دين مطالب من جهة العباد لان الدين وجوب مال في الذمة بدلا عن شيء اخر
والخراج بدل من منافع الحفظ بخلاف الزكوة فان الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء اخر والخراج
بدل من منافع الحفظ بخلاف الزكوة فان الواجب فيها تمليك من غير ان يكون بدلا عن شيء اخر وذكر في الفوائد
الظهيرية اما الخراج فلانه دين كساير الديون من حيث انه يطالب به من عليه ويحبس فيه ثم قال لكانه
اراد به الخراج الموظف بخلاف الزكوة في الاموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان بها لان الواجب جزء من النصاب
وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يضمن شيئا والكفالة باعيان غير مضمونة باطلة فان قيل
ما ذكرتم ان كان يستقيم في زكوة واجبة في نصاب فانه لا يستقيم في زكوة في الذمة باستهلاك السوائم
قلنا نعم شيئا ما قالوا في الفرق بين الخراج والزكوة ان الزكوة ليست بدين لان الدين اسم لمال مضمون والواجب
زكوة فعل هو عبادة والمال لاقامته كالحج ولهذا قلنا ان الزكوة لا تستوفى من التركة بخلاف الخراج لانه
حق المقاتلة بدلا عن الذب عن حريم الدين والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة والكفالة
بالاجرة صحيحة فكذلك الخراج وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا وهي التي ياخذها الظلمة في زماننا
كالنجر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها اذ الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل
شرعا ولا شيء على الاصيل هنا شرعا وقال بعضهم الكفالة بها صحيحة وكان والذي يقول المطالبة المتوجهة حسا
تنزل منزلة المطالبة المتوجهة شرعا ولذلك قلنا ان من قضى نايبة غيره بامره رجع بها عليه وان لم يشترط
الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر الاعمش انه قال وقع هذا الحرف
غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وكان الفقيه ابو جعفر رحمه الله يقول
معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان بها لان القسمة
واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمة
بسكون السين وحذف التاء كذا في الفوائد الظهيرية وممن يميل الى الصحة الامام البزدوي والمراد به فخر الاسلام
رحمه الله البزدوي اخو صدر الاسلام البزدوي فان صدر الاسلام البزدوي ممن مال الى عدم صحة الكفالة
بالجبايات اي التي تقضي على الناس بغير حق ذكره في جامعه الصغير واما فخر الاسلام فقد قال بالصحة وقال
واما النوايب فهي ما ينوبه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها
دين يجب توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام
بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الذي ياخذ باطلا
ولهذا قلنا ان من قضى نايبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن بخلاف الزكوة
والخراج وغيرها واما القسمة فقيل هي النوايب بعينها فقد ذكر بعض النوايب بانها تكون بحق وبغير حق وحصة
منها اي من النوايب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مونة كري النهر المشترك على العامة فاصاب
من ذلك القسمة شيء واحد فيجب عليه اداه فتكفل به رجل صح بالاجماع ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا
التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام فهو جايز كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته
ورسله وجبريل وميكال دون او وكان قوله والرواية باو جواب هذه الشبهة وذكر شمس الائمة السرخسي
رحمه الله متكلما في معنى النوايب فقيل المراد اجر الحارس ونحوه من نوايب المحلة وهو واجب شرعا وقيل المراد
به اذا احتاج الامام الى تجهيز جيش لقتال المشركين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لاجل
ذلك فهذا يسمى نايبة وهذا يجب اداوه على كل مسلم لوجوب طاعة الامام فيما فيه النظر للمسلمين واذا ضمن
رجل حصته من ذلك اي نصيبه قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب وهذا الضمان جايز
لان كل واحد منهم مطالب بنصيبه وقيل هي النايبة الموظفة الراتبة اي المقاطعات الديوانية في كل شهر
او ثلاثة اشهر كذا في الفوائد الظهيرية والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت

نعيرهن وفي صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ على ما ذكرو في الكفالة مما اقر بالدين لانه لا دين عليه
ولهذا لو ابراه الطالب فرد الكفيل لا يرتد برده لانه اسقاط وليس فيه معنى التمليك ولو كان عليه دين لارتد
برده كما يرتد برد المكفول عنه لكون الدين عليه وقوله في الصحيح احتراز عن القول الاخر بانه يجب للطالب
على الكفيل دين ايضا وقد مر فان قيل في هذا المقر ابطال لما ادعاه وهو ان الكفالة لما كانت التزام
المطالبة دون المال وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه حينئذ يبطل الكفالة عن موجبها
وهو التزام المطالبة او لا يثبت الكفالة اصلا لان التي انما يثبت بدون موجبه قلنا ان الكفالة التزام المطالبة
اما في الحال او في المستقبل من الزمان وقد وجد هنا التزام المطالبة في المستقبل من الزمان فكانت صحيحة الى
هذا اشار في الفوائد الظهيرية فكان القول قول من انكر الشرط اي مع اليمين كذا في الجامع الصغير لصدر الاسلام
والشافعي رضي الله عنه الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول
وذلك لان عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصلين جميعا فكان الاقرار بالدين وهو المذكور
اولا في الرواية والمقر به ملحقا بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك انما يستفاد مما قلنا ومذهب
ابي يوسف رحمه الله فيما يروى عنه على عكسه ووجه الشافعي ان الدين نوعان مؤجل وحال فاذا اقر
بالمؤجل فقد اقر باحد نوعي الدين فالقول قوله ولانه لما اقر بالدين لم يلزمه صفة الحلول فلا يلزم بدون
التزامه اعتبارا بدون الكفالة ووجه ابي يوسف رحمه الله فيما يروى عنه والراوي عنه هذا القول ابراهيم
بن يوسف حيث قال في فصل الكفالة لا يصدق المقر بالكفالة في دعوى الاجل ووجب المال عليه حالا لانه
تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة الا يرى انه لو اقر بالكفالة
على انه بالخيار ثلاثة ايام جاز اقراره بالكفالة ودعواه للخيار باطل لما قلنا فكذا دعوى الاجل ولنا انه لما ادعى
الخيار فقد ادعى معنى يبطل الكفالة فلا يصدق عليه بعد اقراره واما الاجل فليس للابطال ولكن للتاخير
والتاجيل والفرق قد اوضحناه وهو اشارة الى قوله ووجه الفرق الى قوله بوجهين وذانك الفرقان
صالحان للجواب عن دليل الشافعي وعن دليل ابي يوسف فان قلت ما الفرق لعلمائنا بين دعوى
الاجل في الدين وبين دعوى الصفة فيه حيث كان القول قوله في الصفة حتى لو قال لفلان لك علي كر
حنطة ردية وقال المقر له لا بل جيدة كان القول قول المقر فكان الجودة والرداءة صفة للدين فكذلك
الاجل صفة له حيث يقال دين مؤجل ودين حال قلت الاجل للدين صفة لفظا لا معنى بخلاف الجودة
والرداءة وذلك لان الاجل ليس صفة للدين في الحقيقة فان اصل الدين حق الطالب قبل المطلوب
والاجل حق المطلوب قبل الطالب فكيف يكون صفة له والصفة لا تفارق الموصوف بخلاف الجودة
والرداءة فانهما صفة للمال والمال قد يكون موصوفا دون وصف فلما اقر المقر بالمال موصوفا لا يجب عليه
موصوف اخر في مطلق الاقرار هذا كله مما ذكره الامام المرغيناني رحمه الله والمحبوبي وذكر الامام قاضي
خان رحمه الله الجودة والرداءة في الحنطة نوع والاقرار باحدهما لا يكون اقرارا بالاخر وكذلك الاجل في الكفالة
من باب النوع فالكفالة باحد النوعين لا يكون كفالة بالاخر ثم ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله هاهنا
مسألة وهي ان رجلا لو ادعى على رجل مالا والمال مؤجل يخاف ان اقر اخذه به وان انكر يكون كاذبا فالحيلة
له ان يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل ام معجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه للحال وان قال
معجل فينكر وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل لو حلف ما له اليوم قبله شيء رجوا ان لا يكون
به بأس ان كان لا يقصد به اتواء حقه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد ذكرنا ان المعنى من
ضمان الدرك هو قبول رد الثمن الى المشتري عند استحقاق المبيع لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع
اي لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن ولم يطالب ذلك منه حتى يقضي القاضي للمشتري على البائع برد الثمن
لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع اي لان مجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض
البيع واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع لانه لا يجب على البائع قبل انفساخ البيع لان بدل المستحق
مملوك والدليل على عدم انفساخ البيع بمجرد القضاء بالاستحقاق انه لو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية
بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه وكذلك لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقت من يد الثاني لم يكن
للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وما لم يجب
الثمن على البائع لا يرجع على الكفيل لاحتمال ان يجيز المستحق البيع فيتقرر العقد كما كان وكذا لو حكم القاضي بالبيع

بالدار

بالدار لا ينتقض البيع في الدار ما لم ينقض ويرد الثمن على البائع فاذا حكم القاضي بالثمن على البائع فقد انتقض البيع

[illegible]

لم يقع المعارضة بين التابع والمتبوع فلم يقع عن الاول وهو المتبوع وفي الزيادة لا معارضة بل مجرد ادا

[illegible]

[illegible]

مرجلا يجب بلزومه مؤجلا لان الدين هناك وجب مؤجلا على الاصيل والكفيل يحمل عنه ما عليه فيلزمه
بصفته حتى ان التاجيل يصح وان كان المديون موسرا فلذلك وجب على الكفيل بتلك الصفة وعلى هذا
لو كفل بالدين عن غائب فوجد الكفيل به في الحال وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل ومن ادعى على
عبد مالا [illegible] له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل وهذا الحكم لا يختلف بين ما اذا كان المكفول
بالنفس حرا او عبدا لان موت المكفول بنفسه يوجب براءة الكفيل في الحر والعبد الا انه ذكر العبد هاهنا

لا يستوجب الدين على مولاه اذا المديون عليه دين فان دينه كسبه وكسبه ملك المولى ومن ملك ما في ذمته سقط ذلك عنه وان كان على العبد دين فالكفالة جائزة لان كسبه حق غرمائه فيتحقق واجبا في ذمة المولى كما يتحقق واجبا في ذمة غيره فلهذا صحت الكفالة عنه والكفالة بالنفس في ذلك مثل الكفالة بالمال لانه اذا لم يكن على العبد دين فخصومته مع المولى لا يلزم المولى تسليم النفس اليه للجواب فلا يصح الكفالة بتسليم نفسه ايضا فاذا كان عليه دين فانه يستحق على المولى تسليم النفس للجواب فيصح التزامه بالكفالة هكذا ذكر في مواضع متفرقة في باب الكفالة عن الصبيان والمماليك من كفالة المبسوط لانه اي لان عقد الكتابة يثبت مع المنافي وهو الرق فان المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا يظهر اي دين العبد وهو بدل الكتابة ولا يمكن اثباته على هذا الوجه وهو سقوط بدل الكتابة عند عجز المكاتب ولا يمكن اثبات بعد الكتابة مطلقا على الكفيل لئلا يلزم على الكفيل اكثر مما لزم على الاصيل والكفالة تقتضي الاتحاد من حيث الاوصاف حتى يثبت فيها معنى الضم مطلقا الا ترى ان الدين لو كان مؤجلا على الاصيل يثبت كذلك على الكفيل اذا كفل مطلقا ولذلك لو كان الدين زيفا او جيدا على الاصيل يجب على الكفيل تلك الصفة تحقيقا لمعنى الضم مطلقا وذكر في المبسوط ولان مال الكتابة على المكاتب بصفة لا يمكن ايجابه تلك الصفة على الكفيل لان المكاتب متمكن من ان يسقط عن نفسه بان يعجز نفسه ولا يمكن اثباته في ذمة الكفيل بهذه الصفة ولو اثبتنا في ذمة الكفيل مطلقا اوجبنا في ذمة الكفيل اكثر مما هو واجب في ذمة الاصيل وذلك لا يجوز وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله حيث لا يجوز الكفالة به للمولى ولكن كان ذلك معللا بالعلة الاولى وهي قوله لانه يثبت مع المنافي لما ان المستسعى عنده في احكام العبيد من عدم قبول الشهادة وتزوج المرائين والحدود وغيرها دون العلة الثانية لانه لا يرد في حقه التعجيز وسقوط بدل السعاية بالتعجيز والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وبه التوفيق

المناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة من حيث ان في كل منهما التزاما لما على الاصيل حتى استعير كل واحد منهما للاخرى اذا كان موجب احدهما مشروطا عند ذكر الاخرى على ما عرف لكنه اخر الحوالة على الكفالة لان الحوالة تتضمن براءة الاصيل والبراءة ابدا تقفو الكفالة فلذلك ما تتضمنها ثم يحتاج هاهنا الى معرفة الحوالة لغة وشرعا والى معرفة دليل جوازها وشرطها وحكمها وانواعها وبيان عود الدين الى ذمة المحيل اما لغة فقد ذكر فاضل تركيب الحوالة دال على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل شيء من محل الى اخر واما شرعا فانها عبارة عن تحول الدين عن ذمة الاصيل الى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به واما دليل الجواز فهو ما ذكر في الكتاب من قوله عليه الصلاه والسلام من احيل على مليء فليتبع وفي ذخيرة الاثر الجواز واما شرائطها فقال في الذخيرة من شرائط الحوالة رضا المحال عليه وقبوله الحوالة سواء كان المحال عليه دين للمحيل او لم يكن وكذلك رضا الطالب وقبوله شرط لصحة الحوالة بلا خلاف واما رضا من عليه الدين وامره ليس بشرط لصحة قبول الحوالة من غيره حتى ان من قال لغيره ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل به علي ورضي بذلك صاحب الدين صحت الحوالة فان ادى المال لا يرجع بذلك على الذي عليه الاصيل وبرئ الذي عليه للاصيل وبرئ بما في الحوالة بالامر وذكر في فتاوى قاضي خان رحمه الله صحة الحوالة تعتمد على قبول المحال له والمحال عليه ولا يصح الحوالة في غيبة المحال له في قول ابي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغايب ولا يشترط حضرة المحال عليه لصحة الحوالة حتى لو احاله على رجل غايب ثم علم الغايب فقبل صحت الحوالة وكذا لا يعتبر حضرة المحيل حتى لو قال رجل لصاحب الدين لك على فلان ابن فلان الف درهم فاحتل بها علي فرضي الطالب بذلك واجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له ان يرجع بعد ذلك ولو قال رجل للمديون ان لفلان ابن فلان الف درهم فاحل له بها علي فقال المديون احلته ثم بلغ الطالب فاجاز لا يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما حكمها فنقول حكم الحوالة براءة المحيل وتوجه المطالبة على المحال عليه عند علمائنا الثلاثة ثم اختلف المشايخ في ان الحوالة توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين ام عن المطالبة دون الدين واما اختلفوا على هذا الاختلاف لان محمدا رحمه الله ذكر احكاما تدل على القولين اما التي تدل على القسم الثاني وهو ان الحوالة توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة دون الدين فهي ان المحال له اذا ابرأ المحال عليه يصح ابراؤه ولا يرتد برده كما لو ابرأ الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة او الاصيل في الكفالة

[illegible]

فان الابرا حينئذ يكون مطلوبًا عليه كما للدين من عليه الدين و التمليك يرتد بالرد و منها ان المحال اذا نقد
ما للمحال له يجبر المحال له على القبول و لو انتقل اصل الدين بالحوالة تكون المحيل متبرعًا في نقد المال كاجنبي
اخر و للاجنبي اذا تبرع بقضا دين الغير لا يجبر رب الدين على قبوله و منها ان المحال له اذا وكل المحيل بقبض
مال الحوالة عن المحال عليه لا يصح و لو انتقل الدين بالحوالة يصير المحيل اجنبيًا و توكيل الاجنبي بقبض الدين
صحيح و يجب ان لا يصح على ان الامر كما قلنا و منها ان المحال له اذا ابرا المحال عليه من الدين فالمحال عليه لا يرجع
على المحيل و لو وهب المحال له الدين من المحال عليه فالمحال عليه يرجع بذلك على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه
دين فان كان يلتقيان قصاصًا فيسقط دين المحيل و كذلك لو ابرا المحال عليه لا يرتد بالرد و لو وهب
الدين منه يرتد بالرد و حصل الجواب منه كالجواب في الكفيل و لو كان المتحول الدين كان الابرا و الهبة في حقه سوا الا
يرتد برده كما في حق المديون و اما التي تدل على القول الاول و هو ان الحوالة توجب براة ذمة المحيل عن المطالبة
و الدين جميعًا فهي ان المحال له اذا وهب الدين من المحيل و ابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراوه و هبته و لو بقي
الدين في ذمته وجب ان يصح و مثله لو ابرا المحال عليه او وهب الدين منه يصح و هذا يقتضي تحول الدين الى ذمة
المحال عليه و براة المحيل عن الدين قال مشايخنا رحمهم الله هو الصحيح لانه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله و ذكر
شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله ان هذا الاختلاف بين ابي يوسف و محمد رحمهما الله فعند ابي يوسف رحمه
الله الحوالة توجب تحويل الدين و المطالبة و عند محمد رحمه الله توجب تحويل المطالبة دون الدين قال و فائدة
هذا الاختلاف تظهر في مسئلتين احداهما ان الراهن اذا احال المرتهن بعد الرهن بالدين على غيره هل يسترد
الدين عند ابي يوسف رحمه الله يسترده كما لو ابراه عنه و عند محمد رحمه الله لا يسترده كما لو احال الدين بعد
الرهن و الثانية انه اذا ابرا الطالب الدين من المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف رحمه الله لا يصح لانه بري من
الدين بعد الحوالة و عند محمد رحمه الله يصح ابراوه و يبرا المحيل لان اصل الدين بقي في ذمة المحيل بعد الحوالة
فالحوالة انما تحول المطالبة لا غير كذا ذكره الامام المحبوبي و التمرتاشي رحمهما الله و ذكر في الذخيرة بعد ما ذكر
هذا الخلاف الذي ذكرنا بين ابي يوسف و محمد فقال و بعض مشايخنا انكروا هذا الخلاف الذي ذكرنا بين
ابي يوسف و محمد و قالوا لم ينقل الينا عن محمد نصًا ان الحوالة تنقل المطالبة دون نقل الدين الا ان محمدًا
ذكر في الكتاب احكامًا متشابهة و اعتبر الحوالة في حق بعضها تاجيلا و جعل المحول بها المطالبة دون الدين
و اعتبرها في بعض الاحكام ابرا و جعل المحول ~~و قالوا لم ينقل الينا~~ بها المطالبة و الدين و انما فعل هكذا لان
باعتبار حقيقة اللفظ توجب نقل المطالبة و الدين لان مبناه على النقل و فيه اضيف الى الدين و اعتبار
المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير لان الحوالة تاجيل معنى الا ترى ان المحال عليه اذا مات مفلسًا يعود الدين
الى ذمة المحيل و هذا هو معنى التاجيل فاعتبر الحقيقة في بعض الاحكام و اما انواعها فان الحوالة على نوعين
مطلقة و مقيدة و يجي تفسيرهما بعد هذا و كذلك بيان عود الدين الى ذمة المحيل المليء الغني المقتدر و التحويل
في الدين لا في العين اي التحويل الذي نحن في بيانه تحويل شرعي و التحويل الشرعي انما يتحقق في المحول الشرعي و هو
الدين لان الدين عبارة عن وصف شرعي في الذمة تظهر اثره عند المطالبة و لما كان كذلك لا يتصور التحويل
الشرعي في العين لان الحوالة انما تحول ما في الذمة و العين لا تثبت في الذمة فلذلك لا يعمل النقل و التحويل الشرعي
في العين حتى اذا قال الرجل لغيره نقلت هذا الكتاب من موضع الى موضع ما لم ينقل بفعله حسًا لا يتحقق
النقل لان الكتاب عين فانما يعمل فيه النقل الحسي لا الشرعي و كذلك في المنقول الشرعي لا يعمل فيه الا النقل
الشرعي لا الحسي فلذلك قال و التحويل في الدين اي التحويل الشرعي في الدين لا في العين و هو الذي يشعل
بها اي و الدين هو الذي ينتقل بالحوالة و اما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه لكن لو اشترط رضا المحيل
انما يشترط لفائدة الرجوع عليه اذا كان بامره و قال زفر رحمه الله لا يبرا اعتبارًا بالكفالة و قال ابن ابي
ليلى الكفالة توجب براة الاصيل اعتبارًا بالحوالة فكان قول ابن ابي ليلى على مضادة قول زفر رحمه الله فيهما
و نحن فصلنا بينهما فقلنا بالبراة في الحوالة لدلالتها على النقل و عدم البراة في الكفالة لدلالتها على الضم و لان
الشرعية مبنية على الاسامي اللغوية اذ كل واحد منهما عقد توثق لحق الطالب و ذلك في ان يزداد له المطالبة
لا ان يسقط ما كان له المطالبة و لهذا نقول لكل واحد من العقدين اختص باسم و اختصاص العقد باسم
لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم كاختصاص الصرف باسم كان لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك
الاسم و هو تعجيل احد البدلين بالقبض في المجلس و تاجيل البدل الاخر بالتاجيل فلذلك ههنا معنى الكفالة

[illegible]

لانها هلكت الى خلف وهو المثل في ذمة الغاصب وكانت باقية حكما ولان المحتال له قام مقام المحيل
وبهلاك الوديعة يبطل حق المحيل فيبطل حق المحتال له بخلاف الغصب وبه فارق ما اذا باع شيئا من انسان
واحال غريما له على المشتري بالثمن ثم هلك المبيع قبل التسليم او طعن المشتري فيه بعيب فرده بقضاء
لا تبطل الحوالة لانه ما التزم الاداء من محل بعينه وانما التزم الاداء من مال نفسه وعلى اعتبار بقاء الحوالة يلزمه ما التزم
اما لو لم يلزم وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا اعلم ان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة فالمقيدة
على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالدين الذي على المحتال عليه والثاني ان يقيد الحوالة بالعين التي
له في يد المحتال عليه بالغصب او بالوديعة والمطلقة ان يطلق الحوالة اطلاقا ويرسلها ارسالا ولا يقيدها
بالدين الذي له على المحتال عليه ولا بالعين التي له في يد المحتال عليه او يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له
في يده عين ثم المطلقة على نوعين ايضا حالة ومؤجلة فاما المطلقة فالحالة منها ان يحيل المديون
الطالب على رجل بالف درهم فيجوز ويكون الالف على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين من الاصيل
وانما يتحول على الصفة التي كانت على الاصيل وكانت على الاصيل حالة فيتحول الى المحتال عليه حالة ايضا
وليس للمحتال عليه ان يرجع على الاصيل قبل ان يؤدي ولكن اذا لوزم فله ان يلازم الاصيل واذا حبس كان
له ان يحبس الاصيل حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل فاذا ادى رجع على الاصيل بما ادى واما المطلقة
المؤجلة رجل له على رجل الف درهم فيجوز ويكون الالف من ثمن مبيع الى سنة فاحاله بها على رجل الى سنة فالحوالة
جائزة والمال على المحتال عليه الى سنة لانه قبل ذلك ولم يذكر محمد رحمه الله في الاصل ما اذا احيلت
الحوالة مبهمة فهل يثبت الاجل في حق المحتال عليه قالوا ينبغي ان يثبت كما في الكفالة وهذا لان المحتال
عليه يتحمل عن الاصيل فانما يتحمل ما على الاصيل وعلى الاصيل دين مؤجل فيجب على المحتال عليه كذلك
وان مات الذي عليه الاصل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل
بموته وهذا المعنى لا يتاتى في حق المحتال عليه لانه حي محتاج الى الاجل ولو حل الاجل في حقه انما حل تبعا لحلوله
على الاصيل فلا وجه اليه لان الاصيل برئ عن الدين بالحوالة فالتحق بسائر الاجانب وان مات المحتال
عليه قبل حلول الاجل والذي عليه الاصل حي حل المال على المحتال لانه بالموت استغنى عن الاجل فان لم
يترك به وفاء رجع المحتال له بالمال على المحتال عليه الاصل الى اجله لان الاجل انما سقط حكما للحوالة وقد انتقضت
الحوالة بموت المحتال عليه فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل وكان بمنزلة ما لو باع المديون بدين مؤجل
عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض البيع كذا ههنا
كذا في الذخيرة وحكم المقيدة في هذه الجملة اي حكم الحوالة المقيدة في جملة ما ذكرنا وهي ما اذا كانت مقيدة
بالعين او بالدين والعين اما ان كانت وديعة او غصبا هو ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بذلك الدين
او العين الذي قيدت به الحوالة صورتها رجل له عند رجل الف درهم وديعة او غصب وعلى صاحب الوديعة
للطالب الف درهم دين فاحال صاحب الوديعة الطالب على المودع او على الغاصب على ان يعطيه الالف التي عنده
وديعة او غصبا فليس للمحيل ان يأخذ ذلك من المحتال عليه بعد الحوالة لان المحتال له انما يقبل حقه
على المحتال عليه بشرط ان يوفي حقه مما للمحيل في يديه ولان الحوالة اذا قيدت بها تعلق بها حق المحتال عليه
وهو حق استيفاء الدين منها واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ثم لو دفعها المودع الى
المحيل صار ضامنا لها لانه استهلك محلا تعلق به حق المحتال له واما لو كانت مطلقة غير مقيدة بالوديعة
والغصب فليس للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحتال له من الوديعة والغصب وللمحيل ان يأخذ الوديعة
والغصب من يد المحتال عليه واما الحوالة المقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه صورتها رجل له على
رجل الف درهم احال المطلوب الطالب بالالف على رجل للمطلوب عليه الف درهم دين على ان يؤديها من الالف
التي للمطلوب عليه فانها جائزة فان مات المحيل في هذين الصورتين وهي ما اذا كانت الحوالة مقيدة بالدين
الذي للمحيل على المحتال عليه او بالعين التي له في يد المحتال عليه وعليه ديون كثيرة ولم يدع شيئا
سوى الدين الذي له على المحتال عليه او العين التي له في يد المحتال عليه فالمحتال له لا يكون احق بذلك
استحسانا بخلاف المرتهن وهذا معنى ما قال في الكتاب بقوله لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
وانما كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل كذا في الذخيرة وحاصل ذلك ان لذلك العين او الدين الذي قيدت
به الحوالة مشابهة للرهن من وجه ومخالفة له من وجه من حيث انه لا يبقى فيه حق المحيل بالاخذ بعدما احالت

الطالب الى المحتال عليه معتدا بذلك العين الذي في يده او العين الذي في ذمته كان سبيلها بالرهن فان
للراهن بعد ما ذهب العين لا يبقى حق لاحد من يد المرتهن ومن حيث ان المحتال له لا يكون احص بذلك العين
او الدين الذي قيدت حوالته به عند موت المحيل من سائر الغرماء بل هو اسوة لهم فيه كان مخالفا للرهن فان
المرتهن يكون احص بالرهن من سائر الغرماء عند موت الراهن ثم ان احكام الحوالة المقيدة بالدين الذي للمحيل
على المحتال عليه او العين الذي في يده من غصب او وديعة لو ابرا المحتال له المحتال عليه صح الابرا وكان للمحيل ان
يرجع على المحتال عليه بدينه ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه او مات المحتال له او ورثه المحتال عليه لا يكون
للمحيل ان يرجع على المحتال عليه بدينه فان قلت احتجنا الى الفرق في موضعين احدهما في مسالة الكتاب وهي
ان العين او الدين الذي قيدت الحوالة به لا يكون المحتال له احص به من سائر الغرماء بخلاف المرتهن فانه يكون
احص بالرهن من سائر الغرماء مع ان المحتال له احص به من المحيل فما وجه الفرق بينهما والثاني في حكم الابرا
والهبة حيث يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه في صورة ابرا المحتال له المحتال عليه وفي صورة الهبة لا يرجع
على ما ذكرت فيفصل بالبيان مستعينا من الله الديان قلت اما الفرق بين المحتال له والمرتهن في حق ذلك العين
فهو ان العين الذي في يد المحتال عليه للمحيل والدين الذي له على المحتال عليه لم يصر مملوكا للمحتال له بعقد
الحوالة لا يدا ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل واما المرتهن فانه ملك
المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص شرعا بالمرهون لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه
فيه واما وجه الفرق بين الابرا والهبة هو ان الهبة من اسباب الملك والارث كذلك فملك المحتال عليه
ما في ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالادا ولو ملكه بالادا لا يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه لانه
لو رجع عليه بدينه كان له اي للمحتال عليه ان يرجع عليه بمثل ذلك لانه قبل الحوالة بامره وادى فلا يفيد الرجوع
واما الابرا فليس من اسباب الملك بل هو موضوع للاسقاط فلم يملك المحتال عليه ما في ذمته بالابرا فخرج
المحتال عليه عن ضمان المحتال له وهو الشاغل لدين المحيل فبقي دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فكان له
ان يرجع بذلك عليه ثم المحتال له لما كان اسوة للغرما في الحوالة المقيدة في حق ذلك العين الذي تقيدت
الحوالة به او في حق الدين الذي تقيدت الحوالة به لو قسم ذلك الدين او ذلك العين بين غرما المحيل فاخذ
المحتال له حصته لا يكون للمحتال له ان يرجع على المحتال عليه ببقية دينه لان الحوالة كانت مقيدة بذلك الدين
ولم يبق شي من ذلك الدين كذا في الذخيرة رحمه الله لانه تعلق به حق المحتال له وقوله وهذا
اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه لو بقي له مطالبته فياخذ منه اي لو بقي للمحيل مطالبة
المحتال عليه واخذ ذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به لبطلت الحوالة وهي اي الحوالة المتعلقة حق المحتال
له بخلاف المطلقة وقد ذكرنا صورة الحوالة المطلقة وهي ان يحيل المحيل الطالب على رجل عليه دين او لم
يكن فيقول الطالب احلتك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذي لي عليه
كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله بخلاف المطلقة اي في الحوالة المطلقة كان للمحيل ان ياخذ دينه وعينه
الوديعة او الغصب من المحتال عليه بعد ما احال المحتال له على المحتال عليه لانه اي لان الامر والشان لا تعلق
لحق المحتال له به اي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه او بذلك العين الذي عنده بل بذمته
اي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فاخذ دينه الذي عليه او اخذ عينه الذي عنده لا يبطل الحوالة
المطلقة وقوله فلا يبطل الحوالة باخذ ما عليه من الدين والغصب او عنده او باخذ عينه الذي عنده
من الوديعة ويحتمل ان يرجع قوله باخذ ما عليه راجعا الى الدين خاصة وقوله او عنده راجعا الى عين
الوديعة والغصب لما ذكرنا من لفظ رواية الذخيرة بقوله عينه في حق الغصب لما ان المغصوب عين كالوديعة
وليست عينه في ذمة المحتال عليه انما تسليمه واجب عليه قال السفتجة تعريب سفته وسفته شي محكم
وسمي هذا القرض به لاحكام امره وذكر في المغرب السفتجة بضم السين وفتح التاء واحدة السفاتج وصورتها
ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد
به سقوط خطر الطريق فقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة هكذا وجدت بخط شيخي رحمه الله تعالى وقيل
هي ان يقرض انسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به خطر الطريق قيل اذا لم تكن
المنفعة مشروطة فلا باس به وانما اوردت هذه المسالة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة
والحوالة فانهما معاملة ايضا في الديون والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب وبه التوفيق

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات الواقع في المبايعات والديون ذكر ما هو القاطع للمنازعات بعد ذكرها وهو قضا
القاضي فالقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضا فعقد هذا الكتاب لبيان ذكرها ثم اعلم ان القضا
[illegible] وحجتها ومتسع الكلام [illegible] لما ان المراد منه [illegible] بامر الله تعالى ورسوله عليه
الصلاة والسلام لان القضا بالحق من اقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى ومن اشرف العبادات
لاجله اثبت الله تعالى لادم عليه الصلاة والسلام اسم الخلافة فقال اني جاعل في الارض خليفة واثبت
لداود عليه الصلاة والسلام فقال يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق
[illegible] وكل نبي مرسل حتى الانبيا صلوات الله وسلامه عليهم قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها
هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم لما ان المقصود منه اظهار
العدل ودفع الظلم وانصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق والامر بالمعروف والنهي عن المنكر
[illegible]
[illegible] الرذائل والاقلاع [illegible] الى معرفة الادب ومعرفة
[illegible] القضا [illegible] واحكام القضا [illegible] اهل القضا
[illegible] ومعرفة جواز الدخول في القضا ومعرفة مسائل القضا واما الادب [illegible]
[illegible] الادب [illegible] الناس [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الدعوة العامة [illegible]
[illegible]
[illegible] الكرم [illegible] الناس
[illegible] الدعوة العامة [illegible] الطعام الذي [illegible]
[illegible] وسمي الادب ادبا لانه يادب الناس [illegible]
[illegible] على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل والمراد من ادب القاضي
[illegible] المندوب والدعو اليها [illegible] القضا [illegible]
[illegible] الا الحق [illegible]
[illegible] الحاكم قاضيا لانه يلزم الناس الاحكام ومنها التقدير يقال قضى القاضي [illegible]
[illegible] عليه ومنها الامر قال الله تعالى وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه اي امر ومنها
[illegible] القائل وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع
[illegible] الدرع قضاها اي احكمها واراد بداود النبي عليه الصلاة والسلام والدرع [illegible]
[illegible] الدرع على الوجه الذي كان يفعله من معجزاته قال الله تعالى والنا له الحديد
[illegible] السوابغ [illegible]
[illegible] السوابغ [illegible] لغة واما معناه شرعا فانه [illegible]
[illegible] الخصومات وقطع المنازعات واما واجبات القضا فيجب على القاضي ان يقضي [illegible]
[illegible] الله تعالى اما بدليل قطعي من نص الكتاب [illegible] الاشهر [illegible]
[illegible] او الاجماع واما بدليل ظاهر موجب للعمل كظاهر النصوص من الكتاب والسنة
[illegible] هذا [illegible] شرحنا فيما سبق من مسائل الكتاب كذا في المبسوط وادب القاضي
[illegible] الشهيد [illegible] والصحاح والمغرب رحمه الله يجمع في الوكالة لفظ اسم المفعول
[illegible] ولم يقل المتولي ليكون [illegible] على توليته [illegible] اباه يدون [illegible] وهو الاول للقاضي على
[illegible] اشتراط شرائط الشهادة وهذا التعليل يوهم ان القضا متفرع عن الشهادة ومبنى عليها
[illegible] هذا التعليل قلت [illegible] بيان حكم المرجح [illegible] الى اصل واحد وهو ان يكون القاضي
[illegible] فلا عدلا كما في الشهادة الا ان يكون حكم القضا مبنيا على حكم الشهادة لكن اوصاف الشهادة اشهر

فلا نحكم القضا يستفي من حكم الشهادة
[illegible] استفادة [illegible] استعار
الى الاستفادة [illegible] فائدة
فلا استفادة [illegible] الاستفادة [illegible] وهذا [illegible]
المستفي فان علت بلزوم [illegible]
على الضعيف لما ان القضا اقوى حالا واعلى
مرتبة من مرتبة الشهادة صح

على العكس فانه منسوب الى الفقه ولكن له علم بالحديث ايضا وليس هو يقلد علمه بالفقه وذكر فخر الاسلام
رحمه الله في اصول الفقه شرط الاجتهاد وحكمه اما شرطه بان يحوي علم الكتاب بمعانيه ووجوهه التي قلنا
اي من اقسام الخاص والعام والظاهر والنص والمفسر والمحكم وغيرها وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه
معانيها وان يعرف من وجوه القياس واما حكمه فالاصابة بغالب الراي حتى قلنا ان المجتهد يخطئ ويصيب وقالت
المعتزلة كل مجتهد مصيب وهذا القول منهم يتفرع الى القول بوجوب الاصلح ثم في قوله له معرفة بالفقه لم يدخل
الواو ولم يقل وله معرفة بالفقه لان ذلك خبر بعد خبر ولو كان جاء الاخر ايضا بدون الواو في الظرف كما في قوله
جاني زيد عليه ثوب وجاني وعليه ثوب ذكره في الكشاف في قوله تعالى وما اهلكنا من قرية الا ولها كتاب معلوم
وفي الصحاح القريحة اول ما يستنبط من البير ثم قال ومنه قولهم لفلان قريحة جيدة يراد استنباط العلم بجودة
الطبع وذكر في الباب الرابع من شرح ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله وان يكون صاحب قريحة ليعرف احوال
الناس وعاداتهم وعرفهم لان العرف قد يغلب على القياس الا يرى ان الاستصناع يجوز عرفا بخلاف القياس ما يبتنى على
اي على عادات الناس ولا باس بالدخول في القضاء الى ان قال ولانه فرض كفاية فان قيل لو كان فرض كفاية لكان الدخول
فيه مندوبا لما ان ادنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلوة الجنازة وغيرها قلنا نعم كذلك الا ان فيه خطرا
عظيما وامرا مخوفا لا يسلم في بحره كل سابح ولا ينجو منه كل طامح الا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده وعن هذا
لما كره من السلف التعذيب البليغ ولم يجيبوا وذكر في الباب الاول من شرح ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله
ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا يرى ان ابا حنيفة رحمه الله دعي الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب
في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف
لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب وقال ارايت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه
وكانك تكون قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر فتقلد ثم قال والصحيح ان الدخول
في القضاء مختار رخصة والامتناع عزيمة اما الرخصة فلان الانبياء صلوات الله وسلامه عليهم اشتغلوا به واما الامتناع
عزيمة من وجهين احدهما ان القاضي مامور بالقضاء بالحق وعسى يظن في الابتداء انه يقضي بحق ثم لا يقضي بحق في الانتهاء
والثاني انه لا يمكنه القضاء الا بمعونة غيره وعسى لا يعينه الحيف الجور والظلم من خاف عليه يحيف اذا جار كيلا يصير
اي فلا يصير الدخول في القضاء لقوله عليه الصلوة والسلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة
رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في الباب الاول من ادب القاضي ثم ذكر وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين
فقال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم وبخلاف ذلك فانه يؤثر في
الباطن دون الظاهر وكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك وذكر في المبسوط بعد ذكر
هذا الحديث وقال كان شيخنا واراد به شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ لكيلا يصيبه
ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه
بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقى راسه بين يديه ثم ذكر الصدر
الشهيد رحمه الله احاديث في ادب القاضي بعد هذا الحديث فقال ذكر عن الحارث العبدي قال كانت بنو اسرائيل اذا
استقضى الرجل منهم اوليس له من النبوة وفائدة الحديث التحذير عن طلب القضاء والدخول فيه لان درجة النبوة عظيمة
ثم اوليس له من النبوة كان ذلك مسقطة له لا مكرمة له وهذا لان في بني اسرائيل من فرغ نفسه لعبادة ستين سنة
فانه يرجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء انقطع طمعهم فيه وابو قلابة انه دعي للقضاء فهرب حتى اتى الشام فوافق ذلك
عزل قاضيها فهرب حتى اتى اليمامة فقال انما وجدت مثل القاضي الا كمثل سابح في بحر فكم عسى ان يسبح حتى يغرق وهذا لان
الغالب من حال السابح في البحر الهلاك والنجاة نادر وكذا الغالب من حال الداخل في القضاء الهلاك والنجاة بادن فكان
حدث اي ولاية بلغ ابا حنيفة حين قال لابي يوسف رحمه الله ما ذكرناه وروي عن ابي هريرة رضي الله عنه يقول الله
لم يمن الله تعالى القضاء يوم القيامة لتر راعظم من هضاب حسمى البرد هو انساد والهضاب التلال وحسمى اسم موضع
وهذا الحديث وان قيل في تاويله ان المراد منه الجائر لكن بظاهره يتناول العادل والجائر جميعا وفائدة الحديث ما قلنا
من التحذير عن طلب القضاء حينئذ يفترض عليه بمنزلة صلاة الجنازة فانه اذا تعين الواحد لاقامتها يفترض عليه عينا وقد
مر وينبغي ان لا يطلب الولاية اي ان لا يطلب ولاية القضاء بقلبه ولا يسالها اي بلسانه من طلب القضاء وكل الى نفسه
بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير منصور وغير مرشد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء
وذكر الصدر الشهيد رحمه الله اسناد رواية هذا الحديث الى انس بن مالك رضي الله عنه ثم قال وانما كان كذلك لان من سال

[redacted]

القضا فقد اعتمد فقهه و ورعه و ذكاه فصار مصيبا ولا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاسعى الى الشغل
المرء بالتماس ما لو نال وكل الى نفسه فانه من اكره على القضاء فقد اعتصم بحبل الله تعالى و توكل على الله تعالى وقال
الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق لصواب الاحكام ما يلقي في الروع ثم يجوز التقلد
من السلطان الجائر كما يجوز من العادل وذكر في الملتقط والاسلام ليس بشرط فيه اي في السلطان الذي يقلد وقال
فيه و بلاد الاسلام التي في ايدي الكفرة لا شك انها بلاد الاسلام لا بلاد الحرب لانها غير متاخمة لبلاد الحرب ولانهم
لم يظهروا فيها حكم الكفر بل القضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون وان كان عن غير
ضرورة فكذلك ايضا وهم فساق وكل مصر فيه وال مسلم من جهتهم يجوز منه اقامة الجمعة والاعياد واخذ
الخراج وتقليد القضاء وتزويج الايامى لاستيلاء المسلم عليه واما طاعته للكفرة فذاك موادعة ومخادعة
واما بلاد عليها ولاة الكفار فيجوز للمسلمين اقامة الاعياد ويصير القاضي قاضيا بتراضي المسلمين ويجب عليهم
ان يلتمسوا واليا مسلما منهم وعلى الله ان يأتي بالفتح او امر من عنده وقوله في نوبته اي في نوبة علي رضي الله عنه
وانما قيد به احترازا عن مذهب الروافض فانهم يقولون الحق في يد علي رضي الله عنه في جميع نوب الخلفاء فكان الحق
في يد علي في نوبة ابي بكر رضي الله عنهما وكذلك في نوبة عمر وعثمان رضي الله عنهما ولكن ما قالوه باطل بالاجماع
للامة على صحة خلافة الخلفاء الراشدين فلو كان الامر على ما قالته الروافض لكان اجماع الامة على باطل والله
تعالى يشهد على صحة اجماع الامة بقوله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل
المؤمنين الاية ولم يرو عن علي رضي الله عنه ولا عن غيره مخالفة ذلك فالاجماع الا اذا كان لا يمكنه القضاء
حتى اي حينئذ لا يجوز تقلد القضاء من ذلك السلطان الجائر لانه لا يفيد ولا يجوز طاعته في الجور وروي عن جابر
عمرو الغفاري انه اتاه كتاب معاوية وكان فيه ان امير المؤمنين يامرك ان تصطفي له الصفراء والبيضاء فقال
قد سبق كتاب الله تعالى كتاب معاوية وتلا قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الاية ثم صعد المنبر فقال
يا ايها الناس اغدوا على فيئكم وقد امرني ان اصطفي له الصفراء والبيضاء وقد سبق كتاب الله تعالى
كتاب معاوية واني تاسم لكم ما افاء الله عليكم الا فليعمد كل واحد منكم و ليأخذ حقه ثم قال اللهم اني اتقي
اليك بما عاش بعد ذلك الا قليلا كذا ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في ادب القاضي السجلات الحكم كذا
في المغرب وقوله وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات قوله
الله ومن قلد القضاء الى اخره واذا اراد القاضي المتجدد ان يقبض ديوان القاضي الذي قبله بعث رجلين
من ثقاته فيقبضان من القاضي ديوانه وهذا نبا على ان للسلطان ان يعزل القاضي بريبة وبغير ريبة
اما بريبة فلا شك واما بغير ريبة فانه روي عن ابي حنيفة انه قال لا يترك القاضي على القضاء الا حولا
وهذا لانه متى اشتغل بالقضاء الكثير ينسى العلم فقلنا بانه يعزل ويستبدل حتى يشتغل هو بالدرس
ومن حق السلطان ان ينظر لهذا القاضي اذا مضى عليه حول فيقول له ما افسدنا فيك ولكني اخشى عليك ان تنسى
العلم فعد وادرس العلم ثم عد الينا حتى نقلدك ثانيا ومتى عزله بريبة او لغير ريبة واستبدل كان القاضي
المقلد بعث رجلين من ثقاته والواحد يكفي والاثنان احوط فيقبضان من المعزول ديوانه وديوان القاضي
الخرائط التي فيها النسخ من السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الاوصياء والقيم في اموال الوقف وتقدير
النفقات وهذا لان القاضي يكتب نسختين احداهما تكون في يد الخصم والاخرى تكون في ديوان القاضي لانه
ربما يحتاج اليها لمعنى من المعاني لان ما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فلا يمكن الاعتماد عليه
ثم ان كان البياض اي القراطيس التي كتبت فيها نسخة السجلات من بيت المال فظاهر اي يجبر القاضي المعزول
على دفعه لان ذلك انما كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره فلا يترك البياض في يده وحاصله انه
لا يخلو من احد الاوجه الثلاثة وقد ذكرت احكام الثلاثة في الكتاب ويحملان كل نوع منها في خريطة
يعني ما كان من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في اموال اليتامى يجعلان في خريطة
اخرى وكذلك في غيرهما وانما يفعلان هكذا لان هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فكان لا يشتبه
عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة من الجملة واما القاضي المقلد فيشتبه عليه ولو لم يجمعا كل نوع من ذلك في
خريطة فيحتاج القاضي المولى الى التفتيش من الجملة فيحتاج الان تفتيش جميع ذلك فيتعذر عليه الوصول وهذا السؤال
لكشف الحال لا للالزام اي يسألان القاضي المعزول شيئا فشيئا لا لما ان قول القاضي المعزول حجة فانه
بالعزل التحق بواحد من الرعايا لكن يسألان ليكشف لهما ما اشكل عليهما ومتى قبضا ذلك يختمان على ذلك احترازا

ولو التمريعضل بين ما اذا كان بين القاضي وبين صاحب الدعوة مباسطة قبل القضاء وكان يتخذ الدعوة لاجله او
لم يكن وذكر الفقيه في ان القاضي يجيب الدعوة الخاصة في المحرم وهكذا ذكره شمس الائمة الحلواني رحمه الله كذا
في المحيط وحدث خط شيخي رحمه الله **قوله** رحمه الله ولا يجيب الدعوة الخاصة ولو تقبل من ان يكون الداعي
اجنبيا او ذا رحم محرم منه وقد قال في فصل الهدية لا يقبل الا من ذي رحم محرم فلا بد من التاويل من المسلمين قالوا
ما ذكر الاجنبيا فهو محمول على ما اذا كان ذا رحم محرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة صلة للقرابة واما اذا حدث
بعد القضاء فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبي سواء في هذا وما ذكر في الهداية انه يقبل من ذي رحم محرم محمول على
انه كان جرى بينهما المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة فاذا اهدى اليه هدية بعد القضاء فلا باس بالقبول هكذا
ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله وقوله ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة ذكر في مبسوط شيخ
الاسلام ابي اليسر رحمه الله الا ان يكون المضيف خصما فينبغي ان لا يجيب دعوته وان كانت عامة وكان ايضا في
الشهادة انما يعود المريض اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان منهم فلا ينبغي ان يعوده لان ذلك يؤدي الى
ان الخصم للاخر والى التهمة قال عليه الصلاة والسلام على المسلم ستة حقوق عن ابي ايوب رضي الله عنه قال
سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك
حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيب واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه
ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تتمة الفتاوى ولا يضيف احد الخصمين دون الاخر وفيه اشارة الى انه
لو اضافهما جميعا فليس به باس وبه صرح في المبسوط وقال ولا ينبغي ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه
واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس اي بين يدي القاضي والاصل فيه ما ذكره الصدر الشهيد عن عبد الله بن المبارك
عن مصعب بن ثابت ان عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير فقد اجلس عمرو بن
الزبير على السرير فلما جاء عبد الله وسع له سعيد من شقه الاخر فقال هنا فقال عبد الله الارض الارض قضى
رسول الله عليه الصلاة والسلام او سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام ان الخصمين يقعدان بين يدي
الامام وفيه دليل على ان الخصوم يجثون بين يدي القاضي على الارض وهذا لان القاضي لو اجلسهما في جانب واحد
كان احدهما اقرب الى القاضي فينعدم به التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره فينعدم
به التسوية ايضا لفضل اليمين على اليسار الا ترى ان يمين رسول الله عليه الصلوة والسلام كان لابي بكر رضي
الله عنه ويساره كان لعمر رضي الله عنه وكان ذلك لاظهار فضل ابي بكر رضي الله عنه وذكر في المغني وفي الفوائد
رجل خاصم السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض ينبغي للقاضي ان يقوم من
مكانه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلا احد الخصمين على
الاخر وهذه المسالة دليل على ان القاضي اذا وقعت له او عليه لا باس بان يحكم فيه خليفته وذكر في فتاوى
قاضيخان رحمه الله وهذه المسالة تدل على ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي قلده والدليل عليه
ان عليا رضي الله عنه عند شريح وحكي عن الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله كان يقول اذا وقع
الدعوى بين الرجل وابنه ينبغي للقاضي ان يسوي بينهما في المجلس قال وينبغي للخصم ان يجثو بين يدي القاضي
ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعهما القاضي او صاحب مجلسه تعظيما للحكم كما
جلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما للمعلم قال صاحب الاقضية وينبغي ان يكون جلوسهما بين يدي القاضي على
قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير ان يرفعا اصواتهما وينبغي للقاضي اذا جلس في
المجلس ان يسند ظهره الى المحراب وهذا رسم زماننا وكان الرسم في زمن الخصاف وغيره ان يجلس مستقبل القبلة
ورسم زماننا احسن ويقف اعوان القاضي بين يدي القاضي ليكون اهيب في عين الناظرين للامثال ويجري
كردن وتفسير التسوية في الجلوس والاقبال وغيرهما ما ذكر في المبسوط وينبغي للقاضي ان ينصف الخصمين في
مجلسهما وفي النظر اليهما وفي المنطق معهما قال اي يسوي بينهما فالانصاف عبارة عن التسوية ماخوذ من
المناصفة وفي كل ما يمكن من مراعاة التسوية فعليه ان يسوي بينهما في ذلك الا ما لا يكون في وسعه الامتناع
منه من الميل بقلبه الى ان يظهر محبة احدهما فهو غير مواخذ بذلك لما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام كان
يسوي في القسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك يعني من الميل بالقلب
الى عائشة رضي الله عنها ولا ينبغي ان يرفع صوته على احدهما ما لا يرفعه على الاخر لان التسوية بينهما في ذلك
ممكنة وتخصيص احدهما برفع الصوت عليه جرحة الميل اليه وهو مكسر لقلب من يرفع صوته عليه ولا يطلق

وجهه الى احدهما في شي من المنطق مما لا يفعله بالاخر لانه يزداد به قوة وجراة على الخصم واذا تقدم اليه الخصمان
فهو بالخيار ان شا ابتداهما فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبتديا بالمنطق وبعض القضاة يختار السكوت ليكون
الخصم هو الذي يبتدي بالكلام لان القاضي اذا ابتداهما كان ذلك منه تهييجا للخصومة وانما قعد لقطع الخصومة
لا لتهييجها ولكنا نقول الراي في ذلك اليه فحشمة مجلس القضا قد تمنعهما من الكلام ما لم يبتدي القاضي بالكلام
فاذا كان بهذه الصفة كان له ان يبتدي فيقول ما لكما وما تقدما اليه الا لاجل المنازعة والخصومة فلا يكون
هذا اللفظ منه تهييجا للخصومة ولكن لا يكلمهما بشي اخر سوى ما تقدما لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضا
ولهذا لا يسلمان عليه اذا تقدما بين يديه مع ان السلام سنة فاذا تكلم صاحب الدعوى اسكت الاخر واسمع
من صاحب الدعوى حتى يفهم حجته لانهما اذا تكلما معا لا يتمكن من ان يفهم كلام واحد منهما ولان تكلمهما معا نوع
شغب وبه ينتقض حشمة مجلس القضا قال ثم يامره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الاخر وهذا اللفظ دليل
على انه يستنطق الاخر وان لم يسال المدعي ذلك واختار بعض القضاة ان لا يفعل ذلك الا بعد سوال المدعي
ولكنه اذا ادعى يتفكر في دعواه فان لم تكن صحيحة يقول له قم فصحح دعواك لان بالدعوى الفاسدة لا يستحق
الجواب وان صح الدعوى قبله وقال له اخبرني بحرما اذا اصنع فان قال ارني جوابه فاسال عن ذلك خصمه
يستنطق الاخر والاصح عندنا انه يستنطق الاخر وان لم يلتمس المدعي ذلك لانه ما تقدم بين يديه وما حضر
خصمه الا ليساله ذلك فلا يحتاج بعد ذلك الى التماس اخر فان ساله فاقر بحجته امره بالخروج من حقه
وان انكر قال للمدعي قد سمعت انكاره او هو منكر فما تقول فاذا قال احلفه حلفه لطلب المدعي بعد ان سال البينة
ولا يساله ذلك ما لم يطلب منه لانه نوع تلقين ولا ينبغي للقاضي ان يلقن احد الخصمين حجته ولكن
اذا طلب منه حلفه جا اوان الاستحلاف ان لم يكن للمدعي بينة حاضرة فيساله عند ذلك الك بينة
وينبغي للقاضي ان يقدم النسا على حدة والرجال على حدة لان الناس يزدحمون في مجلسه وفي اختلاط النسا
بالرجال عند الزحمة من الفتنة ولكن هذا في خصومة تكون بين النسا فاما في الخصومة التي تكون بين
الرجال والنسا فلا احد بد من ان يقدمهن مع الرجال واختار محمد ان يقدم الناس على منازلهم الاول فالاول
ولا يعتدي باحد جا قبله غيره والى هذا اشار عليه الصلاة والسلام سبقك بها عكاشة وهذا لان
الذي جا اولا استحق النظر في حجته ان لو كان ثم لنا عنده ذلك فتاخر جلوس القاضي لا يعتبر استحقاقه
ولا يبطل حضور غيره فلهذا يقدمه عملا لقوله تعالى ويوت كل ذي فضل فضله قال ويضع على ذلك امينا
من قبله يقدمهم اليه لانه لا يمكن من يعرف ذلك بنفسه لكثرة اشتغاله وفيما يعجز القاضي عن مباشرته
يستعين بامين من امنائه وينبغي ان يتخير الامين الى باب مجلس القاضي ليعلم منازل الناس في الحضور
ويكونون في ذلك واما جعل على ذلك امينا لا يطمع ولا يرتشي فان ذلك من عمل القضا فكما لا يطمع هو فيما
يقضي فلذلك ينبغي ان يكون امينه وذكر الصدر الشهيد وصاحب المغني اذا جلس القاضي لفصل
الخصومات ينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقتهم ويمنعهم عن اساة
الادب ويقال له صاحب المجلس وله اسامي الشرطي والعريف والجلواز وينبغي ان يكون معه سوط وينبغي
ان يكون امينا والجلواز من الجلوز وهو المنع وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا راى
استحيي رجلا به سو الادب فيقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الشر بالشر يدفع ويكره تلقين الشاهد
اي يكره ان يقول القاضي شيا يستفيد الشاهد به علما بل يدع الشاهد حتى يشهد بما عنده ومعناه ان
يقول له اتشهد بكذا وكذا اي بعدما سمع القاضي من الشاهد شيا من يعذره المال في شهادته ولكن اذا
اسولته الحيرة حتى ترك شرطا من شرائط الشهادة كترك لفظ الشهادة وترك الاشارة الى المدعي
والمدعى عليه فيعينه القاضي بقوله اتشهد بكذا وكذا يستفيد الشاهد منه ذكر لفظ الشهادة ازالة
الحيرة منه وهذا هو التلقين المختلف واما في موضع التهمة بان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه
ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي يحتمل انه ابرا الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق
في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وذكر في المبسوط في حق التلقين المختلف فيه ان
يذكر القاضي ما يسمع من الشاهد فيقول اتشهد بكذا وكذا ولا يقول اشهد بكذا ما لم يسمع منه فهو التلقين
المكروه وقال ابو يوسف رحمه الله لا ارى باسا ان يقول له اتشهد بكذا وكذا فانما قال هذا حين ابتلي
بالقضا والى ما بالشهود من الحصر عند ادا الشهادة ما لحق فان لمجلس القضا هيبة والقاضي حشمة لا

[illegible]

بل ذلك صلة حتى سقطت النفقة بالموت وكذلك ضمان العتق صلة على قول ابي حنيفة رحمه الله وقال الفقيه
ابو جعفر البلخي رحمه الله وهو القول الخامس يحكم الزي والهيئة ان كان عليه زي الفقراء كان القول قول المديون
وان كان عليه زي الاغنياء كان القول قول المدعي في انه موسر الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية
فانهم يتكلفون في لباسهم مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وتحكيم الزي
معهود في الشرع حتى حكم الزي في باب الزكوة في جواز الصرف الى من راى عليه زي الفقراء ولذلك هاهنا
فان كان على المطلوب زي الفقراء وادعى الطالب انه كان عليه زي الاغنياء ولكن غير زيه حين حضر مجلس الحكم
فان القاضي يسأله البينة فان اقام البينة تسمع منه فكان القول قوله وان لم تقم يحكم زيه في الحال
فيكون القول قول المديون والمراد بالمهر معجله دون موجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه
على النكاح دليلا على قدرته على تسليم المعجل فبعد ذلك لا يسمع دعواه بانه لا يقدر على تسليم المعجل وذكر الامام
التمرتاشي رحمه الله وذكر في النكاح يحبس في المهر وذكر البزدوي اراد به المعجل لان العادة في النكاح ان لا تكون
من امرأة عليه عنده بالمعجل ولا يحبسه فيما سوى ذلك اي فيما سوى المذكور كضمان الغصب وارش الجناية
وقوله لانه لم يوجد دلالة اليسار يتصل بالمستثنى منه وهو قوله ولا يحبسه فيما سوى ذلك ثم ذكرها هنا
ان القول قوله من رب الدين والمديون في مواضع وذكر ايضا قبول بينة المدعي اذا اقام بينة على ان للمديون
مالا بقوله الا ان يثبت غريمه ان له مالا او نفى الوجه الثالث وهو ما اذا اقاما بينة على ما ادعياه فرب الدين
على يسار المديون والمديون على اعساره فبينة من يقبل منهما فذكر في الذخيرة بينة رب الدين اولى وان شهد
شهود المديون ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك ويدخل تحته ثمن المبيع والمهر وغيرهما وبينا لتان اي
مسألة النفقة ومسألة اعتاق العبد المشترك لو يدان القولين الاخرين وهما قوله ويروى ان القول لمن عليه
وقوله ويروى ان القول له اي لمن عليه وتايدهما لهذين القولين ظاهر اما تايدهما في حق القول الذي كان
القول لمن عليه وحده في ذلك فانه جعل القول قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح وفعل الاعتاق فلو
كان الصحيح ما هو المذكور اولا وهو قوله او التزمه بعقد كالمهر اي حبسه فيه لكان القول قول المرأة وقول
الشريك الساكت في دعوى اليسار واما تايدهما للقول الذي كان القول لمن عليه الا فيما بدله مال فانه لما
لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه علم بهذا ان الصحيح هو القول الاخر لان
واما من نصر القول الاول وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد اجاب بجيب عن
هاتين المسألتين بقوله ان النفقة وضمان الاعتاق ليسا بدين مطلق بل هما صلة بدليل سقوطهما بالموت
اما في حق النفقة فبالاتفاق واما في حق ضمان الاعتاق فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله وهذا معنى قوله
والتخريج على ما قال في الكتاب فلما كان كذلك لم يرد هاتان المسألتان نقضا للقول الاول وهو قوله
حبسه في كل دين لزمه بدلا او التزمه بعقد وقوله انه ليس بدين مطلق اي ان النفقة على تاويل الانفاق
ثم فيما كان القول قول المدعي اي في دين لزمه بدلا عن مال في يديه كثمن المبيع او التزمه بعقد كمهر وكفالة
اثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه اي في الدين الذي لزمه من غير ان يكون بمقابلته مال
ومن غير ان التزمه كما في ضمان الغصب واثبت المدعي ان له مالا بالبينة يحبسه شهرين وقوله يحبسه شهرين
في الكتاب يتصل بقوله ثم فيما كان القول قول المدعي ويروى غير ذلك من التقدير وهو التقدير بشهرين وقوله
بشهر وهو اختيار الطحاوي قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله ما ذكر الطحاوي رحمه الله ارفق الاقاويل في
هذا الباب وهذا لان ما زاد على الشهر في حكم الاجل وما دونه في حكم العاجل واربعة الى ستة اشهر وهو ما
روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ان هذا التقدير ليس بتقدير لازم بل ذلك مفوض الى راي القاضي
فان مضى ستة اشهر فوقع عنده انه متعنت يديم الحبس وان مضى شهر او دونه ووقع عنده انه عاجز اطلقه
كذا في شرح ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن
في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر لكثير ضجر بمقدار تلك المدة التي يضجر الآخر وقال في الذخيرة وكثير من المشايخ
قالوا ليس في هذا تقدير لازم لمحمد روى هشام عن محمد رحمه الله مثل هذا فانه لم يعين في ذلك شيئا وهذا
لان الحبس للاضجار وذلك مما يختلف فيه احوال الناس فيكون مفوضا الى رأي القاضي فان وقع في رأيه ان
هذا الرجل بهذه المدة يظهر المال ان كان له ولم يظهر يسأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت
البينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج الى لفظة الشهادة بل اذا اخبر بذلك يكفي فان اخبره

[illegible]

مذلك نفقة تحمل بقوله واخرجه من الحبس والاثنان احوط لان ما سبيله سبيل الاخبار يكتفى فيه بقول الواحد
كالاخبار بالتوكيل والعزل واشباه ذلك قالوا هذا اذا لم يكن الحال حال منازعة فاما اذا كانت الحال
حال منازعة بان ادعى المطلوب انه اعسر بعد ذلك وقال الطالب انه موسر لا بد من اقامة البينة متى
كانت الحال هذه فان شهد شاهدان انه معسر خلى سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفي لان العسار
بعد اليسار امر عارض حادث فتكون شهادة بامر حادث لا بالنفي وان قال المحبوس انا معدم فطلب
يمين الطالب انه لا يعرف انه معدم فالقاضي يحلفه فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس ثم كيفية
الشهادة على الافلاس حكي عن ابي القاسم رحمه الله انه قال ينبغي ان يقول اشهد انه مفلس معدم لا نعلم
له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره في السر والعلانية وهذا ابر وابلغ قال
شيخ الاسلام رحمه الله هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب
لان الشهادة بالعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليس بحجة فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل برايه
ولكن لو سال مع هذا كان احوط ثم ان محمدا رحمه الله قبل بينة رب الدين على يساره واليسار لا يثبت
الا بالملك وتعذر القضا بالملك هاهنا لان الشهود لم يشهدوا بمقدار الملك فما ذكر محمد رحمه الله مشكل
من هذا الوجه لانه ذكر في كتاب الشفعة ان المشتري اذا انكر جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي
في يده بجنب الدار المشتراة فاقام الشفيع البينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه
فالقاضي لا يقضي بهذه البينة ولكن الفرق بينهما هو ان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على
قضا الدين وانما يكون قادرا على قضا الدين اذا كان في ملكه مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر
الملك للدين وقدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب ليس بشاهد على شي معلوم لان القليل
من النصيب يصلح لاستحقاق الشفعة كما ان الوسط يصلح والكثير يصلح فالمشهود مجهول ولان في مسالة
المحبوس القضا بالملك له غير ممكن لجحوده الملك لنفسه حتى ان الشهود اذا بينوا مقدار الملك لا يتمكن القاضي
من القضا له بالملك لجحوده واما الشفيع فانه يدعي الملك فكان امكان القضا له بالملك شرطا لثبوت
الشفعة فلما لم يثبت القضا له بالملك لعدم شرط القضا لم يثبت الشفعة فان لم يظهر له مال
خلى سبيله يعني بعد مضي المدة التي راها القاضي برايه في حبس المديون او بعد مضي المدة التي اختارها
بعض المشايخ لشهر او شهرين او اربعة على ما ذكرنا في الكتاب ولو قامت البينة على افلاسه وقد ذكرنا كيفية
الشهادة على الافلاس قبل المدة اي قبل المدة التي ذكرناها من تقدير القاضي مدة او تقدير الطحاوي
لشهر او غيرهما وذكر في الذخيرة فان اخبر عن عسارة قبل الحبس واحد عدل او اثنان او شهد بذلك
شاهدان فعن محمد رحمه الله فيه روايتان في رواية قال لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الامام الجليل
ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمه الله وهكذا قال نصير بن يحيى
رحمه الله وقال ابو بكر الاسكاف رحمه الله وعامة مشايخ ما ورا النهر ان القاضي يحبسه ولا يلتفت
الى هذه البينة وهذا لان البينة على العسار بينة على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس
ما تايدت بمؤيد وبعد ما حبس ومضت عليه مدة فقد تايدت بمؤيد لان الظاهر انه لو كان قادرا على
قضا الدين لما تحمل مرارة الحبس وفي شرح ادب القاضي فان احضر المدعى عليه بينة بعد الحبس وقبل
هذا الوقت الذي ذكرنا فشهدوا عند القاضي بذلك قال صاحب الكتاب قبل القاضي ذلك واخرجه
من السجن وفلسه وهذا لا يشكل على احدى الروايتين اما على الرواية الثانية وهو ان لا تقبل بينة الافلاس
قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا لم يكن حال الرجل مشكلا اما اذا كان مشكلا فلا تقبل قبل مضي تلك
المدة فاذا امضت تلك المدة واحتاج القاضي الى معرفة حاله يرجع الى من له معرفة وعلم بحاله واعلم الناس
بحاله جيرانه فيسال الثقات من اهل جيرانه فان قال هؤلا انا لا نعرف ان له مالا فلسه القاضي واخرجه
من السجن وذكر الامام قاضي خان في الجامع الصغير وان راى القاضي ان يسال عنه بعد الحبس وقبل انقضا
مدة كان له ذلك والبينة على الافلاس بعد الحبس مقبولة بالاجماع اما اذا اقامت البينة على افلاسه
قبل الحبس ففيه روايتان وقال عامة المشايخ لا تقبل وهو الصحيح على ما ذكرنا ولا يحول بينه وبين
غرمائه اي لا يمنعهم من ملازمة المديون من حال يسره حالا حولا اذا اعسار حالا وما يقاسيهما هذا عندنا
وقال زفر رحمه الله يمنعهم من ملازمته لانه منظر بانظار الله تعالى ولو كان منظرا بانظاره لا يكون له

حق

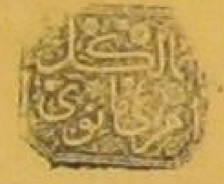
للمولى

حق الملازمة لذا ها هنا ولكنا نقول انه منظر الى زمان الوجود ما يقدر به على ادا الدين وذلك موهوم
في كل ساعة فلا يمنع ملازمة حتى اذا وجد مالا او يكتسب شيئا فوق حاجته الدارة يأخذ منه واما اعتباره بانظاره
غير صحيح لانه ليس له الاستيفا قبل الاجل وهنا له ذلك اذا ظهر له مال وقد ظهر وفي الجامع الصغير رجل اقر
بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسال عنه الى اخره واما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا لان رواية الجامع الصغير
من حيث الظاهر تخالف ما ذكر في اول هذا الفصل لانه ذكر هناك اذا ثبت الدين على المديون بالاقرار لا يحبسه
في اول الوهلة بخلاف ما اذا اثبت الدين بالبينة وما ذكر في الجامع الصغير يقتضي جواز الحبس متصلا باقراره
فثبت التناقض بين الروايتين فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تاويله بقوله ومراده اذا اقر عند غير
القاضي الى اخره اراد التناقض الثابت من حيث الظاهر **قوله** رحمه الله ومراده اذا اقر عند غير القاضي
او عنده مرة فظهرت مماطلته وانما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا وجب الدين بالاقرار لم يحبسه القاضي
في اول المرافعة على ما هو المذكور في الكتاب فان الظلم من المطلوب لم يتحقق لان من حجة المطلوب ان يقول
انا ما ظننت الا ان بايفا الدين ورافعني اليك قبل ان اوفيه حقه فلهذا لا يحبسه ولكنه يقول له قم فاعطه
حقه فان لم يعطه حتى عاد اليه ثانيا حبسه لانه ثبت عند القاضي ظلمه فوجب حبسه ولو وجد قبل
الاقرار فلما قدم الى القاضي اقر يحبسه لانه ظهر ظلمه عند القاضي قالوا وهذا تاويل مسالة الكتاب واذا
اقر بالدين وادعى العسرة لا يصدق اذا عارضه الخصوم بدعوى اليسار وقد ذكرناه كذا ذكره الامام المحبوبي
الا اذا امتنع عن الانفاق عليه اي يحبس الوالد في نفقة ولده قال في الذخيرة وكل من اجبرته على النفقة
لا احبسه ابا كان او اما او جدا او جدة او زوجا لان في ترك الانفاق عليهم سعيا الى هلاكهم ويجوز ان يحبس
الوالد لقصده اتلاف الولد لسقوطها اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان اما الدين لا يسقط بمضي
الزمان فافترقا في حق هذا الحكم فيفترقان ايضا في حق الحبس ثم اعلم ان الاب كما لا يحبس في دين الولد
وكذلك لا يحبس المولى في دين العبد وذكر في الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وكذا لا يحبس المولى لعبده ايضا اذا لم يكن عليه دين فلبسه ملك المولى فكيف يستحق على المولى قضا
الدين اياه وان كان مديونا حبس عنه لان اكسابه حق الغرما وانما يحبس المولى لحق الغرما حتى يصلوا الى
ديونهم مما عليه ويحبس المولى لحق الاجانب ويحبس مولى المكاتب للمكاتب اذا لم يكن الدين من جنس
بدل الكتابة لانه اذا كان من جنس بدل الكتابة فقد ظفر بحقه قصاصا فلم يكن للمكاتب ولاية مطالبته بذلك
الدين فاما اذا كان من غير جنس بدل الكتابة لا تقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيكون
مطالبة المولى بذلك فيحبس عند مطله ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع
عن بدل الكتابة فان له ان لا يؤدي فيرد نفسه في الرق والحبس جزا الظلم ولم يوجد وان كان عليه
دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه يتمكن من فسخ سبب ذلك الدين قال بعض مشايخنا رحمهم الله يجب ان يكون
الجواب فيهما سوا فان في جميع الاحكام لم يفرق بينهما في حق المولى الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة كما لا يجوز
لا يجوز الكفالة بدين اخر للمولى عليه والجامع بينهما انه متمكن من اسقاط الدين من نفسه بان يعجز نفسه فيرد
رقيقا فيسقط الدين عنه ولكن في ظاهر الرواية فرق بينهما لان بدل الكتابة لم يعتبر دينا على الحقيقة
فانه صلة من وجه بخلاف سائر الديون فلا يحبس فيه ويحبس في سائر الديون والله تعالى اعلم بالصواب

باب كتاب القاضي الى القاضي

اورد هذا الباب بعد فصل السجن لان هذا من عمل القضا ايضا كهو الا ان السجن يتم بقاضي واحد وهذا انما
يتم بالاثنين فالاثنان بعد الواحد وجودا فاورد ذكرا كذلك انضباطا للتناسب اعلم بان القياس يابى جواز
العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى مجلس القاضي المكتوب
اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذلك اذا كتب به اليه ولان الكتاب قد يزور ويفتعل
والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة للقضا ولكنا جوزنا العمل بكتاب
القاضي الى القاضي فيما يثبت مع الشبهات لحديث علي رضي الله عنه انه جوز ذلك لحاجة الناس الى ذلك لانه
قد يكون الشاهد للمدعي على حقه في بلده وخصمه في بلدة اخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما وربما لا يتمكن من ان يشهد
على شهادتهما لان اكثر الناس يعجزون عن ادا الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى المعرفة
عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فمست الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب الى مجلس ذلك القاضي
ليعرف القاضي الكاتب عدالة الشهود ويكتب ذلك الى القاضي المكتوب اليه فللتيسير جوزنا ذلك لكن فيما يثبت

[illegible]



مع الشبهات لانه لا ينفك عن شبهة كما اشرنا اليه في وجه القياس فلا يكون حجة فيما يندرئ بالشبهات
كذا في المبسوط ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اي في الحقوق التي تثبت مع الشبهات كما ذكرنا
اذا شهد على الخصم المنقول به عنه اي اذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه وان شهدوا على خصم حاضر
بالشهادة والمراد من الخصم هذا الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلا لاجل اثبات الحق عليه وان لم يكن
هو وكيلا عنه في الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضي الى قاضي
اخر ولو لم يكن خصم اصلا لا المدعى عليه ولا نائبه وقد حكم القاضي بالشهادة كان قضاء على الغائب وهو لا
يجوز عندنا فعلم بهذا ان المراد من الخصم هذا وكيل المدعى عليه ليصح حكم القاضي عليه وهو المدعو بحلال ان
السجل لا يكون الا بعد الحكم والكتاب الحكمي وهو المعروف بكتاب القاضي الى القاضي لا يكون الا قبل الحكم والفرق
بين السجل وهو الذي اتصل بالحادثة حكم القاضي بالشهود وبين الكتاب الحكمي وهو الذي لم يتصل بالحادثة
حكم القاضي ظاهر وهو ان حكم القاضي في السجل اذا وقع في مسألة مختلف فيها ليس للقاضي المكتوب اليه الا تنفيذه
وليس له رده لاتصال حكم القاضي به بخلاف الكتاب الحكمي فان القاضي المكتوب اليه سبيل من رده لانه لم يتصل
به الحكم وهو بمنزلة الشهادة على الشهادة في الحقيقة فكان له ولاية الرد والتنفيذ وذكر في المبسوط واذا
وصل الكتاب الى المكتوب اليه وقراه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الخصم وما فيه وهو مما يختلف فيه الفقهاء
لم ينفذه المكتوب اليه الا ان يكون من رايه الا ان يكون المنفذ من رايه لان الاول لم يحكم به وانما نقل
الشهادة بكتابه الى مجلسه فلا يحكم به الا اذا كان ذلك من رايه كما اذا شهد الفروع عنده على شهادة الاصول
وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به وامضى محلا فالثاني ينفذ ذلك وان لم يكن من رايه لان قضاء
القاضي في المجتهدات نافذ الا ترى انه ليس للاول ان يبطل الثاني وان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه ذلك
شيئا فلذلك الثاني لا ينفذ كتابه الا ان يكون ذلك من رايه وقوله لم يحكم اي القاضي الكاتب هذا هو الكتاب
الحكمي اي هذا الكتاب كتب القاضي الكاتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه ويختص بشرائط ومن الشرائط ما ذكر
في الذخيرة فقال العلوم الخمسة شرط جوازه وهو ان يكون الكاتب معلوما يعني القاضي الكاتب الى معلوم
يعني المكتوب اليه في معلوم يعني المدعى به لمعلوم يعني المدعي على معلوم يعني المدعى عليه وشرائط اخر نذكرها
في هذا الباب ان شاء الله تعالى ثم اعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين بذكر اسمه واسم ابيه واسم جده او قبيلته
لان اعلام الانسان اذا كان غائبا بهذه الاشياء اذ المزيد ذكر اسم ابيه وجده لم يحصل التعريف بالاتفاق
وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم جده او قبيلته فعند ابي حنيفة لا يحصل التعريف وان كان مشهورا اكتفى
بالاسم الذي كان مشهورا به لان كتابه ما زاد على ذلك للتعريف فاذا حصل التعريف اكتفى بذلك وقوله
في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة الى قوله لا يحتاج الى الاشارة
فان قلت لانه عدم الاحتياج الى الاشارة فيما سوى الدين فان الشاهد يحتاج الى ان يشير الى الرجل
والمراة عند دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الامانة والمغصوب وغيرهما فكانت هذه الاشياء بمنزلة
العروض كالثياب والحيوان في الاحتياج الى الاشارة وهناك لا يجوز كتاب القاضي الى القاضي في ظاهر
الرواية لهذه العلة حيث قال ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وهذه الحقوق التي ذكر
من دعوى النكاح والمغصوب مشاركة لسائر المنقولات في تلك العلة كما ذكرنا فينبغي ان لا يجوز فيها ايضا
كما لا يجوز في سائر المنقولات اذ الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم **قلت** لا مثل النكاح
ونظائره المذكورة مما لا يحتاج الى الاشارة لان دعوى المدعي بنفس النكاح لا بنفس المراة ولا بنفس الرجل وان
كان هو يلزم من ضمنه فان الاعتبار للمقاصد لا للضمنيات ونفس النكاح من الافعال وهو مما لا يمكن الاشارة
اليه **فان قيل** هذا يوجد في الدين ايضا فانه يحتاج ان يشير الى رب الدين والى المديون وذلك عند مانع
وكذلك في العقار حيث يحتاج الى المدعي والمدعى عليه كنت من تلك الشبهة في عمه زمانا واجتهدت لسد
الجواب حتى وجدت عين هذا السؤال والجواب في شرح ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله تعالى
فتحلت لنفسي نوع فلبحي من السؤال والجواب في قلوب الاكابر وكان هو من اتفاق توارد الخواطر
وصورة ما ذكر في ادب القاضي فان قيل الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي فيما يحتاج
الى الاشارة لا يجوز ثم قال قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل والمراة وهو ليس بمدعى واما المدعى نكاح
فصار نظير النكاح الدين فان الدين في الذمة والاشارة الى الغريم شرط ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه
كذا هنا للحاجة الى الاشارة فلذلك لم يجوز ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله كتاب القاضي الى القاضي في العبد

دليلها

ثم يكتب بعد التسمية كتابي اطال الله بقاء فلان القاضي الى اخره كما هو الرسم في الكتاب ثم يكتب اما بعد
ثم اذا كان القاضي يعرف المدعي بوجهه واسمه ونسبه يكتب في كتابه حضر مجلس قضائي في بلدة كذا وانا
مقيم بها نافذ القضاء من قبل فلان بن فلان كما هو الرسم فلان ابن فلان بن فلان الفلاني ويذكر حليته وان كان
القاضي لا يعرفه وهو يقول انا فلان بن فلان يسأل عنه البينة ويذكر في كتابه حضر رجل يزعم انه فلان
ابن فلان ابن فلان ولم اعرفه فسألت عنه البينة فيذكر اسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومساكنهم ان كتب
ذلك كان اولى وان لم يذكر انسابهم واسماءهم واكتفى بقوله فاقام شهودا عدولا عرفتهم بالعدالة او سألت
عنهم فعدلوا او عرفوا بذلك جاز ذلك ثم يكتب فشهدوا انه فلان ابن فلان ويستقصي في تعريفه فان ذكر
قبيلته مع ذلك كان ابلغ وان ترك ذلك لا يضر فان ذكر اسمه واسم ابيه ولم يذكر جده لم يتم التعريف في
قول ابي حنيفة رحمه الله وتم في قول صاحبيه وكذا لو ذكر اسمه واسم ابيه ولم يذكر جده ونسبه الى القبيلة
او الصناعة المعروفة كان على الاختلاف وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلته او جده فقال
فلان التميمي او ما اشبه ذلك لا يكون تعريفا في قولهم ثم يكتب من غير خصم احضره ولا نائب عن خصم حضر معه
وادعى ان له دارا في بلدة كذا في محلة كذا احد حدودها كذا الى اخره رجل يقال له فلان بن فلان يعرف المدعى عليه
بوجهه التمام وان كان رجلا مشهورا لا يحتاج الى هذا بل يكتب فادعى على فلان ولا بد ان يذكر ان المدعي
عليه غائب عن هذه البلدة مسيرة سفر لان بين العلماء رحمهم الله اختلافا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي
فيها وكثير من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسيرة السفر كما في الشهادة على الشهادة ثم يكتب وهو جاحد
لدعوى المدعي هذا وشهوده على صحة دعواه ها هنا ويتعذر عليه الجمع بينه وبينهم فسألني الاستماع الى
شهادتهم والكتاب بما صح عندي من شهادتهم الى القاضي فلان فاجبته اليهم فاحضرهم وهم فلان وفلان ويكتب
اسم كل واحد ونسبه وقبيلته وتجارته ان كان تاجرا ومسكنه ومصلاه وحليته بتمام التعريف فشهد كل واحد
من هؤلاء الشهود بعد دعوى المدعي هذا والاستشهاد منهم شهادة مستقيمة متفقة اللفظ والمعنى هكذا روي عن
محمد رحمه الله قالوا وينبغي ان لا يكتفى بهذا القدر بل يفسر الشهادة ويبينها اما الاول فيشهد بكذا او يفسر شهادته
ويصححها فان كان المدعى به عقارا يذكر موضعه وحدوده وكذا في الدين يذكر جنسه ووزنه وصفته كما هو
المعروف فيكتب شهدوا ان لفلان المدعي هذا على فلان بن فلان هذا الذي ذكر اسمه ونسبه في هذا
الكتاب في دعوى المدعي هذا كذا وكذا ويذكر جنس الدين ونوعه وصفته وجميع ما ذكرنا في الدعوى فواجب على
فلان هذا المدعى عليه الذي ذكر اسمه ونسبه في هذا الكتاب اداء هذا المال لنفسه ويقبضه لنفسه وقد اختلف
المتأخرون في انه هل يشترط ذكر هذا والصحيح انه لا يشترط ويشترط بيان سبب الدين ليكون الشهادة موافقة
لدعوى المدعي ثم يكتب ويشهد كل واحد من الكاتبين بمثل شهادته هذه واشار في جميع مواضع الاشارة انه لا
يشكل مثل شهادته ثم يكتب فاتوا بالشهادة على وجهها وساقوها على سننها وسمعتها واثبتها في المحضر المجلد
في ديوان الحكم ثم بعد ذلك ان عرف القاضي الشهود اثبت ذلك في الكتاب وهم معروفون عندي بالعدالة
والرضا وان لم يعرفهم سأل المزكي عن حالهم الواحد يكفي والاثنان احوط فان اثنوا عليهم بالعدالة يكتب
ورجعت في التعريف عن حالهم الى من عليه التزكية والتعديل وهم فلان وفلان وفلان بن فلان فنسباهم
الى العدالة والرضا وقبول القول ثم القاضي الكاتب بعد ما ظهرت عنده عدالة الشهود الذين شهدوا وعند
الحق للمدعي يحلف المدعي بالله ما قبضت هذا المال منه ولا تعلم ان رسولك او وكيلك قبضه اما اصل الاستحلاف
مع انه ليس احد يدعي عليه شيئا لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه والغائب عاجز عن النظر
لنفسه بنفسه فينظر له القاضي واذا كتب الكتاب على هذه الصفة التي ذكرنا يكتب في اخر الكتاب يقول القاضي
فلان ابن فلان بن فلان قاضي بلد كذا كتبت هذا الكتاب عني بامري ان كان كتب الكتاب غيره وجرى الامر على
ما بين فيه مني وعندي وهو كما كتبت فيه وهو معنون بعنوانين عنوان على ظاهره وعنوان على باطنه وهو
مختوم بخاتمي ونقش خاتمي كذا وهو مكتوب على ثلاثة انصاف من الكاغد وهو موقع بتوقيعي وتوقيعي كذا الحمد لله رب العالمين
التوقيع على صدره واشهدت عليه شهودا وهم فلان بن فلان بن فلان وفلان بن فلان بن فلان يذكر اسماءهم
وانسابهم وحلاهم وقرأت الكتاب عليهم واعلمتهم بما فيه وختمت الكتاب بحضرتهم واشهدتهم على جميع ذلك
ويكتب هذه الاسطر في اخره وهي كذا بخط يدي في تاريخ كذا ولا يكتب في اخر الكتاب ان شاء الله وينبغي ان يكتب
للشهود نسخة في يد المدعي مختوما وتلك النسخة من غير زيادة ولا نقصان نسخة اخرى في يد الشهود لان الشهود

الاربعة

افكان

[illegible]

فان قيل ما الفرق بين التقليد

عما في الكتاب شرط عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كذا في فتاوى قاضي خان والمغني هذا الذي ذكره كله كان
في جانب القاضي الكاتب ثم شرع في بيان احكام القاضي المكتوب اليه فقال واذا وصل الى القاضي لم يقبله
الا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يفتكه والحق الاول اوفق لرواية الكتب فقال في فتاوى قاضي خان واذا جا
المدعي بالكتاب الى القاضي المكتوب اليه فان القاضي لا ياخذ الكتاب من غير محضر من الخصم فاذا احضر خصمه وذكر
دعواه ان اقر الخصم بذلك استغنى عن الكتاب فان جحد فالقاضي يقول للمدعي لا بد لك من حجة فان قال في كتاب
القاضي اليك قال ابو يوسف رحمه الله فالقاضي المكتوب اليه ياخذ الكتاب من غير بينة وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله لا ياخذ قبل البينة فاذا اشهد الشهود انه كتاب القاضي فلان بن فلان اليك وهو مختوم بخاتمه حينئذ يقبل
الكتاب ولا يفتح حتى يسال القاضي من الشهود في قول ابي حنيفة رحمه الله عن ما في الكتاب ويقول هل قرا عليكم
وهل ختم بحضرتكم فان قالوا لا او قرا علينا ولم يختم بحضرتنا او على العكس لا ياخذ الكتاب فان قالوا نعم قرا علينا
وختم بحضرتنا واشهدنا بفتح الكتاب ولا يكتفي بقولهم ختم عندنا واشهدنا واذا فتح الكتاب ينظر في الكتاب
فان كانت شهادتهم مخالفة لما في الكتاب رده وان كانت موافقة ثم ان كان القاضي الكاتب كتب في كتابه
عدالة الشهود او عرفهم القاضي المكتوب اليه بالعدالة قضى على الخصم بالحق وان لم يكن ذلك سال القاضي
عن عدالة الشهود فان عدلوا قضى بشهادتهم وذكر في الذخيرة ولا ينبغي للمكتوب اليه ان يقبل البينة على ان
كتاب القاضي الا ومعه خصم ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز لحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب
لا شرط قبول الكتاب لانه بمنزلة ادا الشهادة اي بمنزلة اداء الشهادة والشهادة مما ذكر في المبسوط ولا يفتح
الكتاب الا بمحضر الخصم لان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى
القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته ثم لا يسمع الشهادة على
الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذلك لا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم لان ذلك في معنى الشهادة بخلاف سماع القاضي
الكاتب اي فانه يسمع شهادة شهود المدعي مع ان الخصم وهو المدعى عليه ليس بحاضر لما ان سماعه تلك الشهادة
لا للحكم بل للنقل فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفروع شهادة الاصول لما ذكر في المبسوط وفي تحمل
شهادة الاصول لم يشترط حضور الخصم فكذا هاهنا ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح حتى قال
فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه الى ان قال فتحه القاضي ولم يقل فاذا شهدوا
وعدلوا فعلم بهذا انه لم يشترط العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة هذا احتراز
عن الرواية الاولى التي لم يشترط عدالة الشهود فيها للفتح لكن هذا الذي اختاره بانه يفض الكتاب بعد
ثبوت العدالة موافق لرواية شرح ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله ومخالف لما اختاره في المغني
حيث قال فيه وذكر الخصاف في ادب القاضي ان القاضي لا يفتح الكتاب قبل ظهور عدالة الشهود ثم قال
وما قاله محمد رحمه الله اصح اي تجويز الفتح عند شهادة الشهود مطلقا بان هذا كتاب القاضي وختمه من
غير تعرض لعدالة الشهود ووجه ما ذكر من الصحة في الكتاب بان عدالة الشهود شرط لفض الكتاب هو ما
ذكره في ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله فقال اذا لم يعرف القاضي الشهود بالعدالة لم يفض الكتاب
لان العدالة متى لم تظهر يحتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنه ان يزيد اذا لم يفض القاضي الكتاب
لا يشهدوا ان هذا خاتم القاضي وان عدلوا فض الكتاب بمحضر من الطالب والمطلوب والشهود ثم قال
شرط حضرة الشهود لفض الكتاب وهذا ليس بشرط لازم لا محالة لكنه احتياط حتى يقابل شهادة الشهود بما
في الكتاب فينظر هل وافق ام لا الا ان يكون شرطا لازما وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضا
حتى لو مات او عزل قبل وصول الكتاب لا يقبل ويبطل كتابه كشاهد الاصل اذا مات قبل ان يشهد الفرع
على شهادته ولذلك شرط حيوة المكتوب اليه لان القاضي الكاتب طلب الحكم من المكتوب اليه وذلك لا يتصور
بعد موته وعزله كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله وذكر في الذخيرة اذا مات القاضي الكاتب قبل وصل
الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل بهذا الكتاب عندنا وقال ابو يوسف رحمه الله في الاملاء يعمل وهو قول الشافعي
رحمه الله ووجهه ان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين
شهدوا عنده الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة
قبل القضا فانه لا يمنع القضا ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا الا ان لهذا
النقل حكم القضا الا ترى انه لا يصح هذا النقل الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة ووجب

ان قضايا القضاة التي ترفع الى القاضي لا تخلو من ثلاثة اوجه اما ان يكون جورا بان تخالف الكتاب او السنة
او الاجماع العلماء او يكون في محل الاجتهاد اجتهد فيه العلماء والفقهاء او يكون قولا مهجورا ففي الوجه الاول فالقاضي
الذي ترفع اليه القضية ينقضها ولا ينفذها حتى لو نفذها ثم رفع الى قاض اخر يعني ثالثا فالثالث ينقضها لانه
من خالف الكتاب او السنة او الاجماع كان باطلا وضلالا والباطل لا يجوز الاعتماد عليه فعلى القاضي الثاني ان
ينقضها وفي الوجه الثاني اذا قضى بما يقول البعض وحكم بذلك ثم رفع الى قاض اخر يعني ثالثا فالثالث ينقضه
من يرى خلاف ذلك فانه ينفذ هذه القضية ويمضيها حتى لو قضى ببطلانها ونقضها ثم رفع الى قاض اخر فالقاضي
هذا الثالث ينفذ قضاء القاضي الاول ويبطل قضاء القاضي الثاني لان القضاء الاول كان في موضع الاجتهاد
والقضاء في المجتهدات نافذ بالاجماع فكان الثاني نقضا به ببطلان الاول مخالفا مخالفا للاجماع ومخالفة
الاجماع ضلال فلا يجوز الاعتماد عليه فعلى القاضي الثالث ان ينفذه وان كان رايه خلاف ذلك ويستقبل
استقبالا في الحوادث التي ترفع اليه وفي الوجه الثالث ينقضه ولا ينفذه لان القول المهجور ساقط الاعتبار
بمنزلة المعدول وقوله لا يكون اختلافا بل يكون خلافا فانه لما اجمع فقهاء الامصار على شيء فقول واحد
يخالف قولهم يكون خلافا ولا يكون اختلافا فكان باطلا فكان للقاضي الثاني ان يبطله وينقضه والقضاء
ينفذ في موضع الاختلاف لا في موضع الخلاف فمن قضى بقوله كان القضاء حاصلا في موضع الخلاف كذا ذكره في
الكتاب الحادي والاربعين من ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله والمراد بالسنة المشهورة فقوله المشهورة
رفع على انه خبر للمبتداء وهو قوله والمراد وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض يقال جمهور الناس
اي جلهم واكثرهم كذا في المغرب يعني ان الاجماع ينعقد باجماع اكثر اهل الاجماع وان كان الاقل منهم يخالفهم
لان العبرة للاكثر **فان قلت** ففي نسخ اصول الفقه دليل على ان الاجماع لا ينعقد بمخالفة البعض وان كان
ذلك المخالف واحدا فانهم اختلفوا في اجماع من سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هذا لا يكون اجماعا لان ذلك
المخالف لو كان حيا لكان لا ينعقد اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله لدليله لا
لحيوته وبموته لا يبطل دليله كذا في التقويم وغيره وهذا نص منهم على ان الاجماع لا ينعقد الا اذا كان المخالف
حيا وان كان واحدا لما ان الفريق الاول سوغوا لهذا الفريق حكمهم هذا حيث عللوا لاثبات مذهبهم بوجه
اخر **قلت** نعم كذلك لكن ذلك فيما اذا سوغوا له الاجتهاد في ذلك الحكم واما اذا لم يسوغوا له
فلا اعتبار لمخالفته وما ذكر في الكتاب من ذلك القبيل والدليل على ما ادعيت ما ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله
في اصول الفقه بقوله وكان الكرخي رحمه الله يقول شرط الاجماع ان يشترط اجتماع علماء العصر كلهم على حكم فاما اذا
اجمع اكثرهم على شيء وخالفهم واحد او اثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا اقول الشافعي رحمه الله انصافا لان النبي
عليه الصلاة والسلام قال اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم الى ان قال والاصح عندي ما اشار اليه
ابو بكر الرازي رحمه الله ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون
قوله بمنزلة خلاف ابن عباس للصحابة رضي الله عنهم في زوج وابوين وامراة وابوين ان للام ثلث جميع المال
وان لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه قوله فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس
بحل التفاضل في اموال الربا فان الصحابة رضي الله عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى روي انه رجع الى
قولهم فكان الاجماع ثابتا بدون قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول فقال في الصدر الاول
فقال في الذخيرة انما اعتبر الخصاف الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن بعدهم
ومن تقدم من السلف ولم تعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله والعبرة لحقيقة الاختلاف في
صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المنتقى يشير الى ان العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف الا ترى ان
القاضي لو قضى ببطلان طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضا في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل
لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامراتين
ثم رفع الى قاضي اخر يرى خلاف رايه فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق نفاذ قضاء الاول في
هذه الصورة حصوله في مختلف فيه لانه لم يبلغنا الاختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل
في موضع اشتباه الدليل لان المراة من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان
يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ وانه وان ورد في باب المداينة الا ان العبرة
عندنا لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو

ان

فقضى بجواز نكاح بغير شهود نفذ قضاؤه لان المسألة مختلف فيها فان مالكا وعثمان البتي كانا يشترطان الاعلان
لا الشهادة حتى لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع
اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات او بقيمته يقتضي ان لا يشترط الشهادة وكل شيء قضى به القاضي
في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك وكذا اذا قضى باحلال من صورة البحث بما اذا ادعت المراة على زوجها انه طلقها
ثلاثا واقامت على ذلك شهود زور فقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة فعلى
قول ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول لا يحل للزوج الاول ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني
وطيها ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني احد الشاهدين
او لم يعلم بحقيقة الحال بان كان الزوج اجنبيا واما على قول ابي يوسف رحمه الله الاخر وهو قول محمد رحمه الله
لا يحل للثاني وطيها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال
يحل له وطيها وهل يحل للاول وطيها على قول ابي يوسف رحمه الله الاخر لا مع انه لم يقع الفرقة عنده باطنا لانه
لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان على قول ابي يوسف الاخر يحل للاول
وطيها سرا وعلى قول محمد رحمه الله يحل للاول وطيها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها الثاني الان لا يحل للاول
وطيها سواء كان الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم ومن صور البحث بما ايضا صبي وصبية سبيا وهما صغيران
فكبرا واعتقا فتزوج احدهما الاخر ثم جاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه فالقاضي يقضي بنسبهما
ويفرق بينهما فان رجع شاهدان عن شهادتهما حتى تبين انهما شهدا بزور لا يسع للزوج وطيها عند ابي
حنيفة رحمه الله لانه قضى عليه بالحرمة وقد نفذ ظاهرا وباطنا عنده وكذلك على قول محمد رحمه الله لا يسع
للزوج وطيها لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود ومن صورة الاحلال رجل ادعى على امراة نكاحا وهي تجحده
واقام عليها شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطيها وحل للمراة التمكين منه عند ابي
حنيفة وابي يوسف الاول وعند محمد رحمه الله وابي يوسف الاخر لا يحل لهما ولكن من مشايخنا من قال انما
يثبت نكاح منشاء بقضاء القاضي اذا كان القضاء بمحضر من الشهود لان حضرة الشهود شرط لصحة العقد ومنهم
من قال حضرة الشهود وقت القضاء في هذه الصور ليست بشرط لان الشهادة انما تشترط لانشاء النكاح قصدا
وها هنا الانشاء لا يثبت قصدا وانما يثبت اقتضاء فلا يشترط له الشهادة واجمعوا على ان قضاء القاضي
بالنكاح بشهادة الزور في معتدة الغير ومنكوحته انه لا ينفذ ومن صورة الاحلال ايضا ما اذا قضى القاضي
بشهادة الزور بالبيع بان ادعى المشتري على عين انك بعت مني هذه الجارية بكذا واقام على ذلك شهود زور وقضى
القاضي بالجارية للمشتري نفذ قضاؤه باطنا حتى حل للمشتري وطيها خلافا لمحمد رحمه الله فاما الاملاك المرسلة
فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطنا لان هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطنا لانه لا يمكن انشاء الملك سابقا
لان انشاء الملك مطلقا بلا سبب ليس في وسع العباد وتعذر انشاء السبب لان في اسباب الملك كثرة وليس البعض
باولى من البعض وبعض مشايخنا قالوا انشاء البيع للجارية بشهادة الزور يجب ان يكون على التفصيل عند
ابي حنيفة رحمه الله فان كان الثمن المذكور مثل قيمة الجارية او اقل بمقدار ما يتغابن الناس فيه ينفذ قضاؤه
باطنا وان كان اقل بمقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا ينفذ قضاؤه باطنا لان طريق تصحيح القضاء باطنا
عند ابي حنيفة رحمه الله في العقود والفسوخ ان القاضي بقضائه يصير منشئا لذلك التصرف فانما يصير القاضي
منشئا فيما له ولاية الانشاء وله ولاية انشاء البيع بمثل القيمة او باقل بقدر ما يتغابن الناس فيه واما اذا
كان البيع باقل من القيمة فلا لان ذلك تبرع بمقدار الغبن وليس للقاضي ولاية انشاء التبرع المفضي الى الغبن
وبعضهم قالوا لا بل ينفذ القضاء على كل حال لان البيع وان كان بغبن فهو مبادلة الا ترى انه يملكه المكاتب
والعبد المأذون وان كانا لا يملكان التبرع فينفذ قضاؤه باطنا عنده كما في سائر المبادلات كذا في الذخيرة
والمغني واذا ادعت المراة على زوجها انه ابانها بثلاث او بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف فان علمت
ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولان تاخذ ميراثها وهذا لا يشكل في الثلاث لبطلان محلية الانشاء
قبل اصابة الزوج اياها وانما يشكل فيما اذا ابانها بواحدة لانها لا تمنع انشاء النكاح فينبغي ان يثبت الانشاء
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الاول على قياس ما سبق والجواب عن هذا ان يقال ان الانشاء انما
يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا القاضي ما قضى بالنكاح لان الزوجين ها هنا معترفان بالنكاح
الصحيح الا ان المراة لما ادعت عليه الفرقة واذا حلف الزوج لم يثبت الفرقة بينهما فبقي ما كان على ما كان

فلم

انما الحاضر خصما عن الغايب في الفصلين جميعا ثم بيان ما اذا كان الحاضر وكيلا عن الغايب فظاهر لا
يحتاج الى التفسير واما بيان الاصل الثاني وهو ان يكون المدعى على الغايب والحاضر شيا واحدا وما
يدعيه على الغايب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لا محالة فتفسير ذلك في مسايل منها اذا ادعى دارا في يدي
رجل انها داره اشتراها من فلان الغايب وهو يملكها وانكر ذو اليد وقال الدار داري واقام المدعي بينة
على دعواه فانه تقبل بينته ويكون ذلك قضا على الحاضر والغايب وينتصب الحاضر خصما عن الغايب لان المدعي
شي واحد وهو الدار وما يدعي على الغايب وهو الشرى منه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشرى من
المالك سبب له لا محالة ومنها اذا ادعى انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة
وانكر الحق فاقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان الف درهم فانه يقضى بها في حق الكفيل الحاضر وفي
حق الغايب جميعا حتى لو حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره ومنها اذا ادعى الشفعة في دار انسان
وقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان
بالف درهم وهو يملكها وهو شفيعها يقضى بالشرى في حق ذي اليد والغايب جميعا واما الاصل الثالث
وهو ما اذا كان المدعي شيين وما يدعيه على الغايب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر فقد ذكرنا انه
يكون الحاضر خصما عن الغايب وهو كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود
عليه هما عبدان لفلان الغايب فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغايب اعتقهما وهو يملكهما تقبل
هذه الشهادة ويثبت العتق في حق الحاضر والغايب جميعا والمدعي شيان المال على الحاضر والعتق
على الغايب الا ان المدعي على الغايب سبب لثبوت المدعي على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك
عن العتق بحال فصار كشي واحد من حيث المعنى وكذلك اذا قذف محصنا حتى وجب عليه الحد فقال
القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف لا بل اعتقك مولاك ولي عليك حد الاحرار واقام بينة
على ذلك يقبل ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغايب اما اذا كان شرطا لحقه فلا يعتبر به في جعله خصما
عن الغايب هذا هو قول عامة المشايخ واما على قول بعض المتاخرين منهم فخر الاسلام علي البزدوي وشمس
الاسلام محمود الاوزجندي رحمهما الله فالشرط اعتبار ايضا كالسبب لان دعوى المدعي كما يتوقف الى السبب
يتوقف الى الشرط ايضا الى هذا اشار في الدعوى وذكر في طلاق الجامع الصغير رجل قال لامراته ان طلق فلان
امراته فانت طالق ثم ان امراة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امراته وفلان غايب واقامت
المراة البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد افتى بعض المتاخرين بقبول هذه
البينة وبوقوع الطلاق **بادرفيل** الشرايه لو قال لامراته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المراة اقامت
البينة ان فلانا دخل الدار وفلان غايب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها **ولنا** ان ذاك ليس
بقضا على الغايب اذ ليس فيه ابطال حق الغايب والحاصل ان الانسان اذا اقام البينة على شرط حقه
بانه فعل على الغايب فان لم يكن فيه ابطال حق على الغايب تقبل هذه البينة وينتصب الحاضر
خصما عن الغايب وان كان فيه ابطال الحق على الغايب فان افتى بعض المتاخرين انه يقبل البينة ويقضى
على الحاضر والغايب منهم فخر الاسلام وشمس الاسلام رحمهما الله كما ذكرنا والاصح ان لا يقبل هذه البينة
ولا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب وبه كان يفتي ظهير الدين رحمه الله وفي نوادر ابن سماعة رحمه الله عن
محمد واذا غاب المدعا عليه او مات بعد اقامة البينة عليه قبل قضا القاضي وقد زكيت البينة في السر
والعلانية فالقاضي لا يقضي بتلك البينة حتى يحضر الغايب او نايبه او يحضر وارث الميت فاذا حضر
الحاضر هو لا فالقاضي يقضي عليه بتلك البينة ولا يحتاج الى اعادة البينة للقضاء ولو كان المدعا عليه
اقر بما ادعاه المدعي ثم غاب فالقاضي يقضي عليه باقراره في حال غيبته بعد هذا ينظر ان كان المقر
به عينا فالقاضي يامر بتسليم ما في يديه بالتسليم اذا كان الذي في يديه مقرا انه ملك المقر وفي الدين اذا
ظفر بجنس حقه يامره بالاخذ ولا يبيع في ذلك العروض والعقار وهذا قول ابي حنيفة وهو قول
محمد رحمه الله وقال ابو يوسف لا يقضي القاضي حتى يحضر الغايب في البينة والاقرار جميعا ثم رجع حين
ابتلي بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعا استحسن ذلك حفظا لاموال الناس وصيانة لحقوقهم ووجه قوله
الاول ان القضا يعتمد الولاية ولا ولاية للقاضي على الغايب فلا ينفذ قضاوه عليه الا ترى انه لو قضى عليه
في المصر الذي هو فيه وليس بقاضي ذلك المصر لا ينفذ قضاوه عليه لانعدام الولاية كذا هنا ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

[illegible]

في الفرق من الاقرار والبينة ان للمدعى عليه حق الطعن في الشهود والقضا عليه حال غيبته يبطل هذا الحق اذ
ليس له حق الطعن في اقراره فالقاضي فالقضا عليه حال غيبته لا يبطل عليه حقا كذا في الذخيرة والمغني وكذا
ذكر الحق اي الصك اي يكتب هنا بالاجل يذكره الحق وهو الاقراض هاهنا والقاضي يقدر على الاستخراج اذ
على تحصيل المال من المستقرض بخلاف الوصي وبخلاف الاب في رواية لانهما يقدران على تحصيل المال في عموم
الاحوال لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل ولان الاقراض تبرع ولهذا لا يصح التاجيل فيه
كما في سائر التبرعات وليس للوصي ولاية التبرع في مال اليتيم فانه مامور بالقربان على الوجه الاحسن والقرض
ليس من ذلك في شيء واما اذا فعل ذلك فهو قربان ماله بالاحسن لان القاضي عاجز عن الحفظ بنفسه
لكثرة اشتغاله ولو اودعها غيره فهلكت بطل حق اليتيم ولو اقرضها يكون في حق اليتيم محفوظا عليه
ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكون ذلك معلوما للقاضي ولا يؤمن من مثله اذا كان المقرض هو الوصي كذا في
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وفي الاب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض مال ولده كما ليس للوصي
ذلك لانه لا يؤمن التوى بجحود المستقرض وفي الرواية الاخرى قال ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية
القاضي وشفقته تمنعه ذلك من ترك النظر له فالظاهر انه يعرضه عمن يامن جحوده وان اخذ
الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله قال ليس للاب ان يستقرض مال
الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاف في ادب القاضي فقال ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم
مال اليتيم حتى لو اختل احدهم اخذ المال من يده لان القاضي وان كان له ولاية استرداد المال
لكن يمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر الا ترى انه لو كان المستقرض معسرا في الابتدا لا يجوز له اقراض
مال اليتيم وكذا لا يترك ماله على المفلس ايضا وانما يمكن منه في التفحص كذا ذكره الامام المحبوبي والله اعلم

٥ باب التحكيم ٥ ٥

وهذا ايضا من فروع القضا لكن المحكم هو ادنى مرتبة واحط درجة من القاضي فلذلك اخر ذكره عن ذكر
ادب القاضي تفاعل حكمه اي فوض الحكم اليه ويحتاج هاهنا الى معرفة دليل جواز التحكيم وشرطه وحكمه
اما الدليل فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله
بينهما والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم وروي عن عامر انه قال كان بين عمر وبين
ابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنهم فاتياه فخرج زيد بن ثابت اليهما وقال
لعمر هلا بعثت الي فاتيتك يا امير المؤمنين فقال عمر رضي الله عنه في بيته يؤتى الحكم فاذن لهما فدخلا فالقى
لعمر رضي الله عنه وسادة فقال هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير
المؤمنين من اليمين فقال عمر يمين لزمتني بل احلف فقال ابي بل نعفي امير المؤمنين ونصدقه المراد من
الخصومة واللجاج قال الله تعالى فادارءتم فيها وفي الحديث فوائد منها بيان انه كان يقع بينهم منازعة
وخصومة ولا نظن بكل واحد منهم سوى الجميل فانما يكون ذلك عند اشتباه حكم الحادثة عليهم فيقودهم
الى القاضي لطلب البيان لا للقصد الى التلبيس والانكار ولهذا كان القاضي يدعي مفتيا ومنها
دليل جواز التحكيم فقد حكما زيد بن ثابت وانما حكماه لفقهه فقد كان مقدما معروفا فيهم بذلك حتى
روي ان ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف اليه واخذ بركابه لما اراد ان يركب فقال هكذا امرنا ان
نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده فقال هكذا امرنا ان نصنع باشرافنا ومنها فيه دليل على ان الامام
لا يكون قاضيا في حق نفسه فعمر رضي الله عنه في خصومته حكم زيد بن ثابت وفيه دليل على ان من احتاج
الى العلم ينبغي له ان ياتي العالم في منزله وان كان وجيها في الناس ولا يدعوه الى نفسه فان وجاهته
بسبب الدين فينبغي ذلك له اذا عظم الدين والذهاب الى منزل العالم عند الحاجة الى علمه من تعظيم الدين
ولما استعظم ذلك زيد قال هلا ارسلت الي يا امير المؤمنين قال في بيته يؤتى الحكم فاتى زيد لعمر بوسادة
فكان هذا منه امتثالا لما امر به رسول الله عليه الصلاة والسلام في قوله اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه
وقد بسط رسول الله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رداءه حين اتاه ولكن عمر لم يستحسن ذلك
منه في هذا الوقت وقال هذا اول جورك وفيه دليل على وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يمكن
القاضي منه وما كان ذلك يخفى على زيد ولكن وقع عنده ان الحكم في هذا ليس كالقاضي وان الخليفة في
ليس كغيره فبين له عمر رضي الله عنه ان الحكم في حق الخصمين كالقاضي ثم في قول عمر وحق اليمين يمين لزمتني

بالحلف دليل على انه لا باس للمرء ان يحلف اذا كان صادقا فقد رغب عمر رضي الله عنه في ذلك مع صلابته
في الدين وان يحترز عن ذلك فهو واسع له ايضا كما روي ان عثمان رضي الله عنه امتنع عن ذلك وقال
اخشى ان يوافق قدر مصيبة فيقال اصيب بذلك وفيه دليل على ان اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه يسوغ
طلبه وتركه اذا ترك الا ترى ان ابيا رضي الله عنه ترك له ذلك واما شرطه فان يكون الحكم من اهل
الشهادة ويشترط ان يكون اهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا حتى انه اذا لم يكن اهلا للشهادة
وقت التحكيم بان كان الحكم عبدا فاعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم وحكم لا ينفذ حكمه وهذا لما ذكرنا
ان الحكم فيما بين المحكمين بمنزلة القاضي المولى فالحكم يعتبر اهلية الشهادة وقت التقليد ووقت القضا
وفي القاضي المولى شرط لصحة التقليد فكذا هاهنا واما حكم الحكم فيفارق حكم القاضي المولى من حيث ان حكم هذا
الحاكم انما ينفذ في حق الخصمين ومن رضي بحكمه ولا يتعدى الى من لم يرض بحكمه بخلاف القاضي المولى وكذلك
يصح حكم الحكم في الاماكن كلها بخلاف حكم القاضي المولى واما حكمه فما ذكر في الكتاب بقوله واذا حكم رجلان
رجلا وحكمه عن ولاية عليهما كذا في المبسوط بعضها في الصلح وبعضها في ادب القاضي رحمه والذخيرة والمغني
ولهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما **فان قلت** لما كان المحكم بمنزلة القاضي
فان وقع الفرق بينهما في حق التعليق والاضافة على قول ابي يوسف رحمه الله حيث لا يصح تعليق التحكيم
بالاخطار ولا الاضافة الى وقت في المستقبل على قول ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله بخلاف
القضاء فانه يجوز تعليقه واضافته الى وقت في المستقبل بالاتفاق على ما ذكرنا **قلت** ان ابا يوسف
رحمه الله يقول ان التحكيم صلح معنى لانه لا يثبت الا بتراضي الخصمين في المقصود منه قطع المنازعة التي تحققت
بينهما وهذا هو معنى الصلح فلا يصح معلقا ومضافا قياسا على سائر المصالحات بخلاف القضاء والامان
والتفويض وتولية معنى ليس فيهما معنى الصلح اذ التراضي ليس بشرط فيه ولان التحكيم ان كان تعويضا من
حيث ان كل واحد من الخصمين بالتحكيم يفوض الى الحكم ما كان يملك فيصح تعليقه من ذلك الوجه فلا يصح من
الوجه الذي قلنا بانه صلح معنى للاشتراط ما هو شرط الصلح ولا يصح بالشك وعن هذا ايضا وقع الفرق
بين تحكيمهما العبد مضافا الى ما بعد العتق وان كانت لا تصح في الحال لما ان العبد من اهل الشرا ولهذا
لو اشترى يجوز شراؤه الا انه يتوقف على اجازة المولى واما تحكيم العبد في الحال لم يصح اصلا لان العبد ليس
من اهل الحكم كذا في الذخيرة فيشترط اهليته للقضاء ولهذا لو حكما امراة جاز حكمها فيما يثبت مع الشبهات
لانها من اهل الشهادات فيها الى هذا اشار في المبسوط ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في
القذف هذا كله من قبيل اضافة المصدر الى المفعول فانه لو جعل من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل
تعلل حكم المسالة فان ذلك جائز وقال في المغني ويجوز تحكيم المكاتب والعبد الماذون كما يجوز تحكيم الحر
ولو من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل هنا لكن المراد عدم جواز تحكيم الذمي اي لو كان الذمي حكما بين
المسلمين اما لو كان الذمي حكما فيما بين الذميين فانه يجوز فان الذمي من اهل الشهادة فيما بين اهل الذمة
وذكر في المبسوط وان حكم الذمي بين اهل الذمة جاز لانه اهل الشهادة بين اهل الذمة دون المسلمين
ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليده حكومة الذمي ليحكم بين اهل الذمة
صحيح وتقليده ليحكم بين المسلمين باطل فكذلك التحكيم ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما
لانه تقلد بتقليد الحكم من جهتهما وانما علل بهذا لان الصدر الشهيد رحمه الله ذكر في ادب القاضي ان
الحكم في حقهما بمنزلة المولى في حق السلطان والسلطان لو عزل القاضي المولى قبل الحكم صح فكذا هنا
فان قلت ان التحكيم انما ثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما **قلت** يجوز ان يثبت
العقد الا باتفاقهما ثم ينفرد احدهما بالابطال كما في المضاربة والشركة وهذا لانه لم يرض احدهما
بهذا التحكيم ولو لم يرض في الابتدا لا يصح التحكيم فاذا لم يرض بعد ذلك لا يبقى التحكيم فاذا امضى الحكم
عليهما ليس لكل واحد منهما ان يرجع عن ذلك لان السلطان لو عزل القاضي المولى بعد ما قضى لا يبطل
ذلك القضا فكذا في المحكم في حقهما وذكر في المبسوط ولان المحكم الذي تم بتراضيهما لا يكون دون الصلح
الذي جرى بينهما بالتراضي وبعد تمام الصلح ليس لواحد منهما ان يرجع عنه فهذا مثله فاذا رفع حكمه الى
قاض يوافق مذهبه امضاه وفائدة الامضاء ان الامضاء لو رفع الى قاض اخر يخالف مذهبه
ليس لذلك القاضي ولاية النقض ولو لم يمض القاضي الاول الذي وافق مذهبه يتمكن القاضي الثاني

من النقض لان امضا القاضي الاول بمنزلة حكمه بنفسه ابتدا وان خالفه ابطله اي وان خالف حكم الحكم راي
القاضي ابطله القاضي وذكر في المبسوط وان كان حكم الحكم مما يختلف فيه الفقها ثم رفع الى القاضي قال
ابن ابي ليلى حكم الحكم بينهما في المجتهدات نافذ لا يبطله قاض اخر الا ان يكون مخالفا للنص او الاجماع لانه
فيما بينهما صار كالحاكم المولى وحكم الحاكم في المجتهدات نافذ لا يبطله قاض اخر فكذلك حكم الحكم بينهما ولان
هذا الحكم لو اراد ان يبطل حكم نفسه في المجتهدات لم يكن له ذلك وكذلك لا يكون لقاض اخر ان يبطله
ولكنا نقول بسبب هذا الحكم اتفاق الخصمين بل يكون بمنزلة اصطلاحهما على شي بالتراضي ولو اصطلحا في
المجتهدات في التراضي على شي ثم رفع الى القاضي كان له راي في نقضه وابطاله فهذا مثله وهذا لان لهما
ولاية على انفسهما وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي راي في هذه الحادثة لو ارتفعا اليه
قبل حكم الحكم فلا يبطل رايه بحكم الحكم ولان للقاضي المولى ولاية على الناس كافة لان لمقلده وهو الخليفة
ولاية على الناس كافة فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض اخر ان يرده بخلاف الحكم والحكم
لا ينقض الحكم بنفسه لزوال الولاية حين نفذ الحكم بينهما ثم الاصل ان الحكم في حق الخصمين بمنزلة الحاكم المولى
وفي حق غيرهما هو كسائر الرعايا من حيث انه بمنزلة الحاكم في حقهما تعتبر فيه الاهلية للحكومة
والشهادة حتى ينفذ حكمه ومن حيث انه بمنزلة الرعايا يجعل حكمه بمنزلة اصطلاح الخصمين في حق القاضي
ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لان حكم الحكم بمنزلة الصلح فكل ما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم
فيه وما لا فلا والحدود والقصاص لا يجوز استيفاؤهما بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز
التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فيما يملكان
الاستيفا بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن ابي حنيفة رحمه
الله انه يجوز فوجهه ما ذكر في الكتاب ولان الحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والقصاص
لا يستوفى مع الشبهات وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات
اي بانها رواجع والطلاق المضاف وهو الظاهر عند اصحابنا وهو الصحيح لكن مشايخنا رحمهم الله
امتنعوا عن هذه الفتوى وقالوا يحتاج الى حكم الحاكم المولى كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام
كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله في ادب القاضي وذكر في الذخيرة اذا رفع اليمين بالطلاق المضاف
الى حاكم اصحاب الشافعي رحمه الله ليبطل اليمين ويجوز النكاح فالاحسن له ان يقول ابطلت هذه اليمين
ونقضت هذا الطلاق عملا بقوله عليه الصلاة والسلام لا طلاق قبل النكاح واخذا بقول من يقول به
من الصحابة رضي الله عنهم ويخالف النص والنص حديث حمل بن مالك فنوافقه على ما ياتي
في كتاب المعاقل ان شا الله تعالى الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله وذكر في الذخيرة
واما اروش الجراحات فان كانت بحيث لا تحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت دون ارش
الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه
لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث تتحملها العاقلة بان كانت
خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى
بها على الجاني فقد قضى بخلاف حكم الشرع وان قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا بحكمه ولو اخبر
باقرار احد الخصمين اي الحكم لو اخبر باقرار احدهما يعني لو قال الحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي
لهذا بكذا او لكذا او قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك
وحكمت به لهذا عليك وانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشي او قامت عليه بينة بشي لم يلتفت
الى قول المقضي عليه ومضى القضا عليه وينفذ لان الحكم يملك انشا الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار
كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي
على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا الا ان يخرجه من الحكم او
يعزله عنه قبل ان يقول قد حكمت عليك ثم قال الحكم بعد ذلك لم يصدق كذا في ادب القاضي
للصدر الشهيد رحمه الله ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما دون الاخر فان ذلك لا يجوز
لانهما رضيا برايهما وراي الواحد لا يكون كراي المثنى ولا يصدق فان حكم ذلك الحكم بعد القيام عن مجلس
الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة فلا تقبل شهادتهما

على

على فعل باثره كذا في المبسوط

مسايل شتى من كتاب القاضي

ذكر هذا في اخر كتاب ادب
القاضي كما هو داب المصنفين في تاخير ذكر مسايل متفرقة تتعلق بما قبله من الكتاب وليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا ولما العلو لم يكن لصاحب السفل ان يهدم سفله ولا ان ينقب كوة ولا بابا ولا ان
يدخل فيه جذعا لم يمكن ولا لصاحب العلو ان يحدث على بنايه ولا ان يضع عليه جذعا ولا كنيفا لم يكن قبل
ما حكى عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله يعني ان ابا حنيفة رحمه الله انما منع صاحب السفل ان يتد في
السفل وتدا وان ينقب فيه كوة لان صاحب العلو يتضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما فكان جواز
التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الاخر متفقا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع لعلة
الضرر لصاحبه وفي الاقضية لو انهدم السفل لا يجبر صاحبه على البنا لان حق صاحب العلو في القرار فات
من غير فعل احد من صاحب السفل فلا يجب عليه الاعادة ولكن يجبر صاحب العلو فان شا بنى السفل الى
موضع علوه ثم يبني عليه علوه واذا بنى له منع صاحب السفل عن السكنى فيه حتى يؤدي قيمة السفل وهل
تعتبر قيمته وقت البنا ام وقت الرجوع فالصحيح وقت البنا فرق بين هذا وبين دار بين اثنين
انهدم فبنى احدهما بغير اذن لا يرجع على صاحبه بشي لان هنا غير مضطر الى البنا في نصيب شريكه ليصل الى
حقه في السكنى لانه يمكنه ان يقاسمه الساحة فيبني في نصيبه اما هنا فبخلافه الحاصل لو كان بيتا
صغيرا فانهدم فلا يمكن قسمة الساحة لانه لا يملك البنا بعد القسمة فاذا بنى لا يكون متطوعا وهكذا
يقول في الحمام والطاحونة اذا انهدم بعضه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بعد اقامته ولو انهدم كله
فان امكن البنا بعد القسمة يكون متطوعا في البنا فان لم يمكن لا يكون كذا ذكره الامام المرغيناني رحمه
الله فاذا استهل لم يجز المنع فكان هذا من قبيل ان اليقين لا يزول بالشك وهذا لان حايط السفل ملك
صاحب السفل فكان الاصل فيه الاطلاق والمنع لعارض الضرر فلا يمنع عند الاشتباه كما لو باع نصيبه
من العبد المشترك يجوز ولو كانت نصيبه من العبد المشترك كان لشريكه حق الفسخ ولابي حنيفة رحمه الله
ان لصاحب العلو حقا في صاحب السفل لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم بالاتفاق وتعلق حق الانسان
بملك الغير يمنع المالك من التصرف اصلا كما قلنا في الرهن يعني تعلق حق صاحب العلو بالسفل يجب ان يمنع
صاحب السفل عن التصرف في السفل كما يمنع تعلق حق المرتهن بالمرهون الراهن عن التصرف في المرهون
الى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه الله ولو كان العلو لرجل والسفل لاخر فانهدما لم يجبر صاحب السفل
على بنا السفل لانه ملكه فالانسان لا يجبر على بنا ملكه ولو كان صاحب السفل هو الذي هدمه
يجبر على بنا السفل لانه صار متعديا في حق صاحب العلو وهو حق قرار العلو ويجبر على بنايه وان كان
تصرفه في ملكه كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون كذا ذكره الامام المحبوبي
رحمه الله وذكر الامام المرغيناني مسالة الحادث فقال كل من اجبر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما
بغير امر فمتطوع لان له طريقا وهو المطالبة ليجبر بها ما امتنع احدهما عن الكرى وكرى الاخر او سفينة
يخرق منها الغرق او بير او حمام او طاحونة تعيب فاصلحه احدهما او عبد جنى ففداه احدهما فهو
متطوع لانه يجبر الاخر فان لم يجبر فلا يكون الاخر متطوعا العلو لرجل والسفل لاخر فسقط لا يجبر صاحب
السفل على البنا فان بنى الاخر لا يكون متطوعا لانه ليس له ولاية الجبر ولا يتمكن من الانتفاع بحقه الا بالبنا
السفل فكان مضطرا في بنايه فلا يكون متطوعا وذكر الامام قاضي خان رحمه الله في مسالة الكتاب
ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا او ما اشبه ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر زاغت الشمس مالت سميت المحلة
بالزايغة لميلها من طرف الى طرف والمستطيلة اي الطويلة من استطال اي طال وهي غير نافذة
يعني كذا ره تنبيت اي الزايغة الثانية وكذا الزايغة الاولى ايضا غير نافذة هكذا ذكره الامام المرغيناني
رحمه الله والامام الفقيه ابو الليث وقال الامام المرغيناني رحمه الله سكة طويلة غير نافذة في اسفلها
من جانب اليمين او الشمال زقيقة طويلة غير نافذة فليس لاحد من اهل السكة ان يفتح بابا على جدار له من
الزقيقة لانه لا حق له فيها وذكر الفقيه ابو الليث يعني اذا كانت السكة غير نافذة وفيها سكة اخرى
عن يمينها او شمالها ولرجل في السكة دار ظهرها في السكة العظمى وبعض حوايطه الى السكة الاخرى
التي فيها السكة فاراد ان يفتح بابا لهذه الدار في تلك السكة ليس له ذلك لان تلك السكة خاصة

الحكم ن

لظهور

[illegible]

لاهلها فصار بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح فيها بابا بغير اذنهم كذا ههنا الا ترى انه لو بيعت
دار في تلك السكة فالشفعة لهم خاصة دون اهل السكة العظمى فثبت ان تلك السكة لهم خاصة
كذا ذكره الامام المحبوبي صورتها قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره اي لان فتح الباب
رفع لبعض جداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم والنقض فالاولى ان يكون له ان ينقض بعضه لفتح
الباب الا ترى انه لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور له ذلك ولكن قال الامام شمس الائمة
السرخسي رحمه الله والاظهر انه يمنع من تركيب الباب على الحائط في الرائغة الاخرى لانه اذا فعل ذلك
وتقادم العهد ربما يدعي حقه في الطريق في تلك الرائغة ويستدل على ذلك بالباب المركب ويكون
القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه وان كانت مستديرة اي وان كانت الرائغة الثانية مستديرة
تعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في اي موضع شاء
لانها سكة واحدة من اولها الى اخرها وهي بينهم على الشركة الا ترى ان حق الشفعة لهم جميعا وهذا
السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فهي لجماعة المسلمين فلا يمنع من الفتح فيها كذا ذكره الامام
صورتها وفي الحيطان اراد ان يبني في داره تنورا للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين او رحا للطحن او
مرقات القصارين لم يجز لان ذلك يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه وله ان يتخذ فيها
حماما لان ذلك لا يضر الا بالنداوة والتحرز عنها ممكن بان يبني بينه وبين جاره حائطا كذا ذكره
الصدر الشهيد رحمه الله والجملة في هذه ان القياس له ذلك كله لانه تصرف في ملكه لكن ترك القياس
واخذنا بالاستحسان لاجل المصلحة قال وكان والدي يفتي اذا كان ضررا بينا يمنع وبه يفتى وعن ابي
يوسف رحمه الله اتخذ داره حماما وتاذى الجيران من دخانها فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل
دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتاذون من نتن السرقين لعيش لهم في الحكم منعه ولو حفر
في داره بئرا فنز منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل اذا كان يعلم ذلك لا محالة فله منعه وهو
خلاف قول اصحابنا سقط الحائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يشاركه في البناء
قال اصحابنا لا يجبر قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في زماننا يجبر وقيل ان كان يقع بصره في الفناء
في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع في سطحه فلا يجبر كذا ذكره الامام المر
رحمه الله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يديه ثم صالحه منها فهو جائز يريد به اذا
كان المدعى مقدارا معلوما ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة وان ادعى حقا فيها فانما يصح الصلح اذا
ادعى اقرار صاحب الدار بالحق فيها حتى يصح الدعوى هكذا قيل الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا
لا يصح الدعوى وان ادعى انه اقر له بشيء يصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون الثاني كذا ذكره
الامام ظهير الدين في الفوائد ثم قال وكان والدي رحمه الله يقول الصلح عن الدعوى انما يصح اذا
كانت صحيحة اما اذا كانت فاسدة فلا لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين والافتداء انما يكون اذا توجه
اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى اما اذا لم تصح فلا يكون الصلح افتداء ولكن هذا على
اصل ابي حنيفة رحمه الله مشكل فان الرجل اذا ادعى على امراة نكاحا فانكرت ثم صالحته على مال يبذله
صح الصلح والصلح ههنا لا يكون افتداء لليمين لانه لا يستحلف على قول ابي حنيفة رحمه الله ولكن
يجب ان يقال ان الصلح انما يصح لدفع الشغب وقطع الخصام وهذا المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة
لان الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعي يكلفه ازالة الفساد باعلام المدعى فيتحقق معنى الشغب والخصام
وهذا يندفع بالصلح ولقب المسالة ان الصلح على الانكار جائز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وذكر
الامام المحقق شمس الائمة السرخسي في الجامع الصغير ثم ذو اليد لو اخذ مالا من المدعي بالصلح على ان يسلم
اليه الدار جاز وانما يجوز باعتبار قوله انها ملكي لا بمجرد يده فكذا المدعي اذا اخذ مالا من المدعى عليه
ليسلم له الدار وهذا لان خبر كل مخبر معتبر شرعا في حقه فهو بهذا الصلح يزيل ملكه بعوض باخذه من ذي
اليد وذو اليد مع خصومته ما يعطيه يبقي ملكه وذلك جائز وذكر الامام المحبوبي رحمه الله قال
الشيخ الامام ابو منصور رحمه الله لم يعمل السلطان في ايقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل من عمل
من ابطل الصلح على الانكار لما ذكرنا من امتداد المنازعات بين المسلمين ومن ادعى دارا في يد رجل انه
وهبها له في وقت فسال البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه الحجة تعني ادعى رجل دارا في يد رجل

مال

أو كتب ذكر إقرار على نفسه وذكر في آخره فمن قام بذكر هذا الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله أراد بذلك من أخرج
هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى قال أبو حنيفة رحمه الله الصك باطل
والاستثناء منصرف إلى الكل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشراء صحيح والمال لازم والاستثناء منصرف
إلى ضمان الدرك وإلى من قام بذكر الحق خاصة دون ما تقدم لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه خصوصا إذا أتى
الدلالة عليه وقد قامت الدلالة هنا لأن الصك إنما يكتب لأجل التوثق وصرف الاستثناء إلى الكل يبطل التوثق
ولأن الظاهر أنهم وصلوا الاستثناء في الكلمات إلى ما يليه ألا ترى أنه لو كتب كتابا إلى بعض إخوانه أو كلامه
وقال في آخره أن تفعل كذا وكذا إن شاء الله تعالى فإن الاستثناء ينصرف إلى آخره دون الكل وله أن الكل
شيء واحد بحكم العطف وما قاله من العادة في الكتب أن يترك فرجة بين فصل وفصل أو كتب خطا على حدة
فإن فعلوا كذلك لا ينصرف الاستثناء إلى الكل وإنما ينصرف إلى ما يليه فإن الفرجة في الصكوك بمنزلة السكوت
حالة النطق وبيان الوصف أنه لو قرئ على المقر ما في الصك فقال نعم ينصرف قوله نعم إلى جميع ما في الصك
حتى يحل للشاهد أن يشهد عليه بجميع ما في الصك ولم يختص بعم على ما يليه فكذلك الاستثناء يجب أن لا يقتصر
على ما يليه **فإن قيل** لأي فائدة يكتب في الصك ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه **قلنا** لأن معناه
من قام بإثبات هذا الحق فهو ولي ما فيه وإنما يكتب هذا ليثبت رضا المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة
معه عند أبي حنيفة رحمه الله فإن التوكيل عنده بالخصومة من غير ذكر رضا الخصم لا يصح **فإن قيل**
وهذا لا يجوز أن يثبت الرضا بالتوكيل من المقر لأنه رضا بتوكيل مجهول فيكون وجود هذا الرضا وعدمه
بمنزلة كما لو أقر بمجهول **قلنا** إنما يصح هذا الرضا وإن حصل بتوكيل مجهول لأنه إسقاط حقه فإن للمقر
أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر فإن الناس يتفاوتون في الخصومة فإذا
رضي فقد أسقط حق نفسه وإسقاط الحق مع الجهالة جائز كما في الصلح على الإنكار بخلاف الإقرار فإنه إظهار
الحق للغير وليس بإسقاط فلا يصح للمجهول ثم الصك إنما يكتب للتخصيص إذ التمكين في آخره إن شاء الله
كالإقرار أحيا الحق إذ التمكين في آخره إن شاء الله وهذا الاستثناء في كتب الرسالة إنما يكتب للتبرك عرفا
دون النفي ألا ترى أنه لا يبطل هناك ما يليه وهاهنا يبطل ما يليه بالإجماع ويحتمل إنما يدخل الناس هذا
إلى قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه في شروطهم تحرزا عن قول ابن أبي ليلى لا عن قول أبي حنيفة
رحمه الله لأن التحرز عن قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحصل بهذا لأنه بهذا يثبت الرضا بوكالة وكيل مجهول
والرضا بوكالة وكيل مجهول باطل فوجوده كعدمه وإنما يقع بهذا الاحتراز عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه
يقول لا يصح التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بوكالة وكيل مجهول بالخصومة فحينئذ
يجوز فبهذا يقع الاحتراز عن مذهب ابن أبي ليلى رحمه الله لا عن مذهبهما كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه
الله والإمام المحبوبي ولو ترك فرجة أو كتب خطا على حدة قالوا لا يلتحق به إلى الاستثناء في آخره لا يبطل
الكل والمراد من الفرجة هو أن يترك شيء من البياض قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر ليكون ذلك البياض فصلا
بين صك الشراء أو صك الإقرار وبين قوله ومن قام بهذا الذكر ليصرف الاستثناء إلى قوله ومن قام بهذا
الذكر لا إلى صك الشراء أو الإقرار ثم لو بطلت الوكالة بتوكيل مجهول على قول أبي حنيفة بانصراف الاستثناء إليه
قوله ومن قام بهذا الذكر على قول البعض على ما ذكرنا لم يبطل صك الشراء أو صك الإقرار بالإجماع فكان
في صرف الاستثناء إلى من قام فائدة وهي عدم بطلان الصك والله أعلم **فصل** في القضاء
بالمواريث لما كان الموت آخر أحوال المرء في الدنيا ذكر الأحكام المتعلقة به آخر ما ذكر من أحكام القضاء حكمها
للحال كما في جريان ماء الطاحونة يعني إذا اختلف الآجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد
مضي مدة يحكم الحال حكما منه حتى لو كان الماء جاريا في الحال كان القول قول الآجر وهو رب الطاحونة ولو كان
منقطعا كان القول قول المستأجر وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى بخلاف المفقود فإن هناك حكما
باستصحاب حال الماضي في حق الحال التي هي الآن فعلم بهذا أن العمل بالاستصحاب تارة يكون من الماضي
إلى الحال كما في العقود وتارة يكون من الحال إلى الماضي كما في مسألة الطاحونة فالقول لهم أيضا ولا علم للحال
إلى الاستقبال لأنها مسلمة في الحال فيجب أن تكون مسلمة قبل موت زوجها كما في مسألة الطاحونة لأن إسلامها
حادث والأصل في الحوادث أن تحال بحدوثها على أقرب الأوقات فالحاصل أن المرأة تتمسك في هذه المسألة
بما به الورثة يتمسكون والورثة يتمسكون بما به تمسك المرأة في المسألة الأولى على أنها في المسألتين تتمسك

بالظاهر لاثبات استحقاق امر لم يكن والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق والورثة هم الداعون
في المسالتين جميعا والفرق بين المسالتين ان الحال حجة من حيث الظاهر فيصلح للتاكيد والدفع دون الاثبات وحاجة
الورثة الى الدفع ويصلح الظاهر شاهدا لهم وحاجة المراة الى الاثبات فلا يصلح الظاهر حجة لها ولا يلزم على هذا
مسالة الاجارة اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة يجعل الحال حجة لصاحب الطاحونة في الحال ايجاب الاجر
ثمة اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التاكد والظاهر يصلح حجة للتاكد وانما ما كان في مسالة
الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح شاهدا لها ذكر الامام
قاضيخان رحمه الله وذكر في الفوايد الظهيرية هذا السؤال والجواب وغيرهما بعبارة اخرى فقال **فان قيل**
لم لا يجوز التمسك بالحال لاثبات ما لم يكن ما الظاهر يجوز له ذلك فان في مسالة الطاحونة يحكم الحال فان كان
الماء جاريا في الحال يقضي بالاجر على المستاجر واستحقاق الاجر لم يكن ومع هذا يجوز التمسك بالحال لاثبات الاستحقاق
اي استحقاق اجر لم يكن وكذلك استحقاق الورثة العذار الذي وقع الاختلاف فيه لم يكن ومع هذا القضي
به تمسكا بالحال **قلنا** لم نحن ادعينا ان التمسك بالحال لا يجوز لاثبات امر لم يكن في موطن لعدم سبب
الاستحقاق للحال الا في موطن يكون سبب الاستحقاق قايما وسبب استحقاقها وهو الزوجية معدوم للحال
لان الزوجية لم تبق بالموت وسبب استحقاق الورثة وهو القرابة قايم للحال وهكذا نقول في الاجارة سبب
استحقاق الاجر قايم للحال وهو الاجارة **فان قيل** هذا مشكل بمسالة ذكرها محمد رحمه الله في الاصل
اذا مات الرجل وترك الابنين فقال احد الابنين اي مات مسلما وقد كنت مسلما حال حيوته وقال الاخر
صدقت وكنت مسلما ايضا اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موت
الاب والقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى
مع قيام السبب في الحال وهو البنوة **قلنا** ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي دون
ما هو ثابت في الحال اما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا
يصار الى تحكيم الحال وان كان السبب قايما الا ترى ان في مسالة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع وبعض
مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين قال صاحب الطاحونة لا بل انقطع الماء شهرا فالقول
قول المستاجر مع اليمين منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدار او انقطاع مقدار
وذلك غير ثابت للحال وفي مسالة الكتاب والابنين حاصل الاختلاف واقع في مقدار الاسلام لا في نفس الاسلام
انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام بعينه فهذا هو الماخذ في المسالة وذكر الامام
التمرتاشي رحمه الله مسالة وهي ترد شبهة ايضا على الاصل وهو ان الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال لو ادعت
المراة انه ابانها في المرض يعني صار به فارا وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المراة لانها انكرت
المانع وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع او انه اشتراه منه اي ان الرجل المقر له اشترى من
الوديعة من مودعه بعد في فصل الشرا انه لا يومر بالدفع مع ان المودع اقر بزوال ملك المودع لان اقراره حجة قاصرة
عليه فلا يصح في حق غيره كما لا يصح في حق قبض الوديعة بالوكالة بخلاف المديون اذا اقر بوكيل غيره اي اقر المديون
بان هذا الرجل الذي هو غير المديون قبل الوكالة عن رب الدين بان يقبض دينه عن المديون وبلفظ الامام
قاضيخان وغيره بخلاف ما اذا اقر المديون لرجل انه وكيل صاحب الدين بقبض الدين حيث يومر بالدفع
لان المديون يقضي من مال نفسه لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان اقرار المديون بانه وكيل
بالمطالبة والقبض اقرارا على نفسه بوجوب القضا اليه وفي الفوايد الظهيرية ففي فصل الوديعة اذا امر بالتسليم
ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام رحمه الله علاء الدين انه لا يملك الاسترداد لانه
ساع في نقض ما اوجبه وكان والدي رحمه الله يحكي عن استاذه ظهير الدين المرغيناني رحمه الله انه كان يتردد
في جواب هذه المسالة وفي فصل الوديعة اذا لم يومر بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل
لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب
الضمان فكذا في وكيله واختلف في الملتقط لو اقر باللقطة لرجل هل يومر بالدفع وفي الجامع لو ادعى الوهاب
وصدقه مودع الميت او غاصبه او وصيه لا يومر بالدفع ولو قال المودع على الاخر هذا ابنه ايضا يقضى
بالمال للاول **فان قيل** كان ينبغي ان يضمن المودع للابن الثاني الذي اقر له المودع بانه ابن الميت ايضا كما لو سلم
المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول الوديعة بعد اقراره بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في ادب القاضي من الكتاب

انه

انه يضمن للقاضي المعزول قيمته **قلنا** هاهنا يضمن ايضا اذا دفع الوديعة الى الابن الاول من غير قضا
القاضي الاول واذا اقسم بنصف ما ادعى من الميراث بين الغرماء او بين الورثة قال لا اخذ من الغريم ولا من الوارث
كفيلا وهذا اي اخذ الكفيل شي احتاط به بعض القضاة وفي الا باخذ الكفيل اي لا يدفع المال اليهم حتى ياخذ الكفيل
وهو الذي ذكره وهو الدفع الى المدعي انما يصح ان لو كان وارثا ممن لا يحجب بغيره واما اذا كان يحجب فالحكم بخلافه
وذكر هذه المسالة في ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله فقال واذا احضر الرجل وادعى دارا في يدي رجل
انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا ولا يدفع اليه شيا حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم ما لم يشهدوا
على عدد الورثة لا يصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضا بغير المعلوم متعذر وهنا ثلاثة فصول الاول
هذا الذي ذكرنا اذا لم يشهد الشهود على عدد الورثة ولم يعرفوهم والفصل الثاني لو شهد الشهود انه ابنه
ووارثه لا يعرف له وارثا غيره فان القاضي يقضي له بجميع التركة من غير تلوم والفصل الثالث اذا استشهدوا
انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا
غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث غيره قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار
اليه وهل ياخذ كفيلا بما دفع اليه قال ابو حنيفة لا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ياخذ ثم انما يدفع
الى الوارث الذي حضر جميع المال بعد التلوم اذا كان هذا الوارث ممن لا يحجب بغيره لكن يختلف نصيبه كالزوج
والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين او اوفر النصيبين قال محمد رحمه الله اوفر النصيبين وهو النصف
والربع للمراة الربع وللزوج النصف وقال ابو يوسف اقل النصيبين وقول ابي حنيفة مضطرب والمسالة
فيما اذا اثبت الدين والارث بالشهادة اما اذا اثبت الدين والارث بالاقرار فيوخذ الكفيل بالاتفاق وقال
الامام التمرتاشي رحمه الله ولو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يرد عليه شيا فانه في ذلك زمانا
بحسب ما يرى ذكر بكر ان في كل موضع ذكر تلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر الطحاوي
رحمه الله مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث اخر قبل هذا او لهما وعند ابي حنيفة لا ياخذ وقيل ياخذ
عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا
قالوا لا نعلم له وارثا غيره دفع اليه من غير كفيل ولا ان عندهم سواء كان وارثا يحجب حال او لا ولو قالوا لا
وارث غيره فلذلك استحسانا كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله كما اذا دفع الابق واللقطة الى صاحبه يعني ان
القاضي اذا دفع العبد الابق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه اخذ منه كفيلا انما دفع للمعنى الذي
ذكرنا وهو ان القاضي مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه واعطي امراة الغايب النفقة من ماله
يعني ان المراة اذا كانت تستحق من زوجها غايب وله عند انسان وديعة والمودع مقر بالوديعة والنكاح
فالقاضي يعوض لها النفقة وياخذ منها كفيلا كذا في المبسوط والفوايد الظهيرية ان حق الحاضر ثابت
قطعا اي فيما اذا كان وارث اخر معدوما قطعا او ظاهرا اي فيما اذا كان وارث اخر موجودا في الواقع
لكن القاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوخر حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده من الحجج فكان
العمل بالظاهر عليه واجبا فلا يوخر حق موهوم اي لا يوخر الدفع الى زمان التكفيل بسبب امر موهوم ولا
تاويل الموهوم المعلوم فلا يوخر القاضي تسليم حقه اليه الى اعطا الكفيل ارايت لو لم يجد كفيلا كان يمنع
حقه هذا ظلم منه ولانه لو اخذ الكفيل انما ياخذ لمجهول والكفالة لمجهول لا يصح ولا يقال ياخذ الكفيل
لنفسه لانه ليس بخصم ولا يقال ياخذ للميت لان حق الميت في تسليم ماله الى وارثه وقد اثبت الحاضر وراثته
ولا معنى للاشتغال باخذ الكفيل **فان قلت** قد ذكر في الاسرار ان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع
ولذلك ذكرناه ايضا من ادب القاضي للصدر الشهيد بان القاضي يتلوم في هذه الصورة والتلوم انما كان
لتوهم وارث او غريم اخر بعد التلوم ما انقطعت الشبهة فيجب ان ياخذ الكفيل لبقا الشبهة ويدفع المال
الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب ان ياخذ الكفيل
لبقا الشبهة ويدفع المال الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهرنا رجحانها في الدفع اليه
فيجب ان يظهر قيام الشبهة [illegible] **قلت** لا يجوز للقاضي منع حق المستحق الى معنى اخر بعد ظهور
الاستحقاق لتوهم غير ثابت لما ان العمل بالتوهم باطل لانه ليس بحجة والعمل بغير الحجة لا يجوز الا ترى ان الوهم قايم
بعد شهادة الشهود انه لا وارث له غيره وليست الكفالة كالتلوم فان القاضي في التلوم يحتاط لنفسه بطلب
علم الزيادة وانتفاء المزاحم معه في الاستحقاق بعد الممكن ليقوم الاستخبار مقام التلوم مقام شهادة الشهود بانه

لاوارث له غيره فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة ولكنه خبر وبالملزم
والاستخبار يحصل للقاضي هذا المعنى ضم علمه بقدر الممكن فلزمه ذلك واما الكفالة فطلب امر زايد من
المستحق ولا يجب الاستيثاق ههنا من وجه ولا استيثاق ههنا على ما ذكرنا بانه وهم والوهم ليس بحجة
وربما لا يجد فكان منع حقه بلا سبب ظلما الى هذا اشار في المبسوط والاسرار لكن انبث الترك الى قوله لا نكفل
اي لا يوخذ الكفيل من المشتري الذي اثبت شراه بالحجة ولا يوخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه
على العبد حتى بيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر اخر قبله وغريم اخر في ثمن العبد كلا والسنة
فان المكفول له وهو الزوج معلوم فالتكفيل لاجله يكون واجبا واما في اللقطة والابق انما يوخذ بالكفيل
لان هناك انما يعطي بالعلامة والعلامة لا توجب الاستحقاق الا ترى ان له ان يمنع فكان له ان يوخذ الكفيل
الكفيل حتى لو ظهر الاستحقاق بالبينة كان التاجر الى غاية الكفيل على هذا الاختلاف كذا ذكره الامام
المرغيناني والامام المحبوبي رحمهما الله وهذا يكشف عن مذهبه اي مذهب ابي حنيفة ان المجتهد يخطي
ويصيب فان قوله وهو ظلم دليل على ان المجتهد يخطي بل هو نص عليه فان القاضي مجتهد وبهذا تبين ان
اصحابنا المتقدمين براء عن مذهب الاعتزال كذا قاله الامام المحبوبي رحمه الله وقول من قال كل مجتهد
مصيب ينزع الى قول اهل الاعتزال لما ان عندهم الاصلح للعباد واجب على الله تعالى فكان صيانة الله تعالى
المجتهدين عن الخطا وتعزيزهم على الصواب واجبا عليه فيلزم من هذا ضرورة ان يقال كل مجتهد مصيب
ونسبوا هذا القول وهو قولهم كل مجتهد مصيب الى ابي حنيفة رحمه الله وهو المراد من قوله في الكتاب
لا كما ظنه البعض وانما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ليوسف
بن خالد السمتي وكل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد وقلنا نحن معنى هذا الكلام اي اخطا ما عند
الله تعالى وهو مصيب في حق عمله فان الاصح عند علمائنا ان يقال هو مخطي للحق عند الله مخطي في حق عمله
وبذل مجهوده في حق العمل حتى ان عمله به يقع صحيحا شرعا كانه اصاب الحق عند الله وقال محمد بن الحسن رحمه
في كتاب الطلاق اذا تلاعن الزوجان ثلاثا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ قضاؤه وقد اخطا السنة
فجعل قضاه في حقه صوابا مع تنويه انه مخطي الحق عند الله تعالى كذا في التقويم ولا يستوثق منه اي من صاحب
اليد بكفيل وهذا بالاجماع واما الخلاف في اخذ النصف الثاني للاخ الغايب وتركه في يد صاحب اليد وفاه
ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه وهذا استحسان ووجهه ان القاضي مامور بالنظر للغايب وان
كان ذو اليد مقرا فالنظر في تركه في يده لظهور امانته عنده واذا كان منكرا فليس من النظر تركه في يده
لانه قد ظهرت خيانته مرة بالجحود فلا يومن من ان يجحد فيتعذر على الغايب اذا حضر استحقاقه منه لان الحجة
لا توجد في كل وقت فكان النظر في اخراجه من يده ووضعه على يد عدل ولان ذا اليد اذا كان منكرا لا يمتنع
من التصرف فيه عدلا كان او غير عدل فانه يزعم انه مالك والعدل لا يمتنع من التصرف فيما عنده الا بامره
وان كان مقرا يمتنع من التصرف فيه فيجوز تركه في يده وابو حنيفة رحمه الله يقول الحاضر ليس بخصم عن
الغايب في استيفا ملكه فيجعل في حق الغايب وجوده حضوره كعدمه وقد عرفها القاضي في يد ذي اليد
فلا يتعرض لها الا بخصم يحضر كما لو عرف القاضي ملكا لانسان ثم راه في يد غيره لم يتعرض له ما لم يحضر
خصمه فكذا هنا ولان هذا مختار الميت وحفظها والذي يضعها على يده ليس بمختار للميت ولا مختار وارث
فصار هذا نظير الاقرار والفرق الذي ذكراه ساقط فانه بعد ما صار مسجلا مثبتا في خريطة القاضي
يومن جحود ذي اليد لعلمه انه لا يلتفت الى ذلك ويومن تصرفه فيه لعلمه ان القاضي لا يمكنه منه كذا في
وله ان القضا للميت مقصودا وذلك لان القضا بالميراث هنا قضا بملك الميت حتى يقضى منه ديونه وينفذ
وصاياه كذا في الجامع للامام قاضي خان رحمه الله وجحوده قد ارتفع بقضا القاضي هذا جواب عن قولهما
وهو قوله ان الجاحد خاين والظاهر عدم الجحود هذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال فانه لما جحد مرة
انه يدوم على جحوده فقال عن هذا بل الظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي
فان قيل هذا مسلم على تقدير بقا القاضي وتذكره لقضايه فربما يموت القاضي وكذلك الشهود
الذين عاينوا القضا او يحترق الحجة وينسى القاضي قضاه **قلت** خوف الموت والتلف موت القاضي
والشهود ونسيان القاضي على تقدير احتراق محاضره مما يندر ويندر ولا يبالي بالنوادر كذا في الفوايد
الظهيرية والنزع ابلغ منه اي في المنقول واما كان الاخذ منه ابلغ لانه يظهر جحود ذي اليد مصرفا

انا

انا الخيانة او لزعمه انه ملكه على ما ذكرنا واما اذا وضعه القاضي في يد امين كان هو عدلا ظاهرا
وكان الاخذ ابلغ من الترك في الحفظ والمنقول يحتاج الى الحفظ وكذا الحكم في وصي الام والاخ والعم على الصغير
واما حجتهم لانه ليس له ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب الحفظ وقول ابي حنيفة فيه اي في
المنقول اظهر يعني من المشايخ من قال في المنقول ايضا اختلاف فلو كان على الاختلاف فقول ابي حنيفة
بانه يترك نصيب الغايب في يد صاحب اليد اظهر من حيث الدليل لانه لو ترك فيه كان مضمونا عليه
ولو اخذه منه لا يكون مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده لانه امين فكان الترك ابلغ في الحفظ كذا ذكره
قاضي خان رحمه الله لانه انشا خصومة اي لان اخذ الكفيل انشاء خصومة لان ذا اليد ربما لا يسامح
في دفع الكفيل والاخ الحاضر يطالبه بالكفيل فينشا الخصومة واما في ساير الصور التي يوخذ بالكفيل
فقد تقدمت سوابق الخصومة فكان اخذ الكفيل هناك دفعا للخصومات المتقدمة فيجوز واذا حضر
الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة في حق اخذ نصيبه من صاحب اليد وذكر الفقيه ابو الليث عن بعض
مشايخنا رحمهم الله ان على قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يعيد البينة لان تلك البينة للحاضر خاصة كذا
في القصاص اذا اقام الحاضر البينة ان فلانا قتل اباه عمدا ثم حضر الغايب يحتاج الى اعادة البينة على قوله
خاصة فكذلك ههنا وقال بعضهم لا يحتاج الى اعادة البينة لان بينة الحاضر كان لنفسه وللغايب
الا انه لم يظهر دعوى الغايب فاذا اظهر دعواه قضى له بتلك البينة كما في القتل الخطا اذا اقام
الحاضر البينة ثم حضر الغايب ياخذ نصف الدية ولا يحتاج الى اعادة البينة كذا ههنا وذكر الشيخ
الامام البزدوي رحمه الله ان هذا القول اصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الغايب او عن الباقين
الى قوله بخلاف الاستيفا لنفسه وحاصل ذلك ان هذه البينة في استحقاق جميع الدار للميت مقبولة بالاجماع
لان احد الورثة ينتصب خصما فيما يستحق على الميت وللميت حتى لو ادعى رجل دينا على الميت واقام البينة
عليه ثبت في حق الكل وهذا لانهم خصما عن الميت فيقوم كل واحد منهم فيما يستحق على الميت وله كالوكيل بالخصومة
اذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم لهذا المعنى ثم لا يدفع الى الحاضر الا نصيبه بالاجماع لانه لا ولاية
له على الغايب في نصيبه وانما ينتصب خصما عنه فيما يرجع الى الخلافة عن المورث وقبض نصيب الغايب ليس
من ذلك في شي فلا يمكن الحاضر منه كما لا يتمكن من بيع نصيب الغايب هذا كله مما ذكره الامام المحبوبي
رحمه الله وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة استثنا عن قوله لان احد الورثة
ينتصب الى قوله وعليه يعني ان احدا لو ادعى على احد الورثة دينا على الميت يكون هو خصما في جميع الدين فيما
اذا كانت التركة جميعها في يده لان الوارث الذي هو المدعى عليه وما لا فلا لانه لا خصومة بدون اليد
ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة اي يجب عليه صدقة جميع ما يملكه من اجناس الاموال
التي تجب فيها الزكوة كالنقدين ومال السوايم واموال التجارة قليلها وكثيرها ويمسك قوته فاذا اصاب
بعد ذلك شيا تصدق بما امسك وبعد ما وجب عليه التصدق في قوله مالي في المساكين صدقة في جنس
الاموال التي تجب فيها الزكوة على ما ذكرنا لا يفترق بعد ذلك بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك
يتعلق به الزكاة اذا انضم اليه غيره فكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا لو اذا ابدا ان يتصدق
بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق عند تملكه لان المعتبر
جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم يجب الزكوة فيه وقال ابو يوسف رحمه الله قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
فيمن حلف لا يملك مالا وله لاهية له وليس له مال تجب فيه الزكوة انه لا يحنث لان اطلاق اسم المال لا يتناوله
كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكوة كالعقار
والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك ذكر هذه المسالة في كتاب المبسوط في كتاب الهبة
وقال فان قال لجميع ما املكه صدقة في المساكين فعليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من الصامت ومال
السوايم واموال الزكوة ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانا وفي القياس عليه ان
يتصدق بجميع ذلك وهو قول زفر رحمه الله وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان في قوله جميع ما املك
يتصدق بالكل قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة او جميع مالي صدقة
والاصح انهما سوا **قوله** رحمه الله كما في الوصية فانه لو اوصى بثلث ماله لانسان ينصرف الى جميع
ماله لا يختص بمال الزكوة بدليل قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وذلك يتناول الاموال كلها

[illegible]

العبد الح

كذ

وقال عليه الصلوة والسلام من ترك مالا فلورثته وهو يتناول الاموال كلها كذا هنا وجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى الا ترى انه لو قال لله علي اطعام ينصرف الى اطعام عشرة مساكين
اعتبارا بايجاب الله تعالى في كفارة اليمين وكذلك ههنا ينصرف ما اوجب الله تعالى من الصدقات مضافا
الى مال المطلق وهو قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يتناول مال الزكوة خاصة فلذلك فيما يوجبه العبد
على نفسه بخلاف الوصية لانا لم نجد في الوصية ايجابا من الشرع بعد مال الزكوة لا غير حتى ينصرف ايجابه
اليه فلذلك انصرف الى الاموال كلها ولان الوصية اخت الميراث من حيث انها تمليك مضاف الى ما بعد الموت
كالميراث ثم الميراث لا يختص بمال الزكوة فلذلك الوصية كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله ولا يرد على قولنا
ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى الاعتكاف فانه يجب بايجاب العبد مع ان الله تعالى لم يوجب من جنسه
لانا نقول بل اوجب الله تعالى من جنسه على العباد معنى وهو الوقوف بعرفات فان في كل منهما حبس النفس
على العبادة في مكان او لان الاعتكاف انتظار لاوقات الصلوات ولهذا اختص جوازه بالمسجد الذي يصلى فيه
بالجماعة والمنتظر الى الصلوة كانه في الصلوة في الحديث والصلوة عبادة واجبة بايجاب الله تعالى فينبغي من
هذا ان يقال ايجاب العبد على نفسه الاعتكاف اعتبر بايجاب الله تعالى الصلاة لان الصلاة لا بها خلافة
كما اي لان الوصية خلافة كالوراثة من حيث انهما يثبتان ملكا بعد الموت والحاجة الى الوصية والمراد
في مال الزكوة وغير مال الزكوة سواء فلا يختص بمال دون مال حتى ان الله تعالى اوجب حق المواريث في كل عين
ودين لانها سبب الصدقة وهي العشر فصارت الاراضي العشرية معتبرة باموال التجارة من حيث ان كلاهما
من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة وعند محمد رحمه الله لا تدخل ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله قول
ابي حنيفة مع قول محمد رحمه الله لانه اي الارض العشرية على تاويل المكان سبب المؤنة او اعطي المبتدا
وصف الخبر كما في قوله تعالى هذا ربي حتى لما كانت هي من اسباب المؤنة صارت مثل عبيد الخدمة ولا تدخل
في قوله مالي في المساكين صدقة لانه يتمحض مؤنة اي لان الخراج خالص مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم
الاغنيا فقد قيل يتناول كل مال وهو رواية ابي يوسف رحمه الله وذكرها عن ابي حنيفة رحمه الله في
الامالي واليه ذهب الشيخ محمد بن ابراهيم الميداني رحمه الله وفرق بين ذكر المال والملك من حيث ان الملك
اعم من المال لان الملك يطلق على المال وغيره فانه يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة
واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك
في ان ينصرف الى الكل مما يجوز التصدق به فصار كانه قال كل ما املكه مما يتصدق به فهو صدقة
فحينئذ ينصرف الى مال الزكوة والبذلة والمهنة كذا هذا وفرق بينه وبين مسالة ذكرها في الجامع
اذا قال عبيدي احرار ان كنت املك الا خمسين درهما فان ذلك ينصرف الى مال الزكوة وان دخل على لفظ الملك
في كل واحد منهما حتى املك خمسين وزيادة ان كانت الزيادة من جنس مال الزكوة حنث والا فلا لان استثنا
الدراهم يدل على ان المستثنى منه من جنسه كما في الاقرار اذا قال لفلان علي الف الا درهما يحمل الالف من الدراهم
بدلالة الاستثنا كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله والصحيح انهما سواء اي ان لفظ الملك ولفظ المال سواء
اي حكم الملك كحكم المال حتى لا يعمان في جميع الاموال من العقار والرقيق وثياب البذلة بل يختصان بالاموال
التي يجب فيها الزكوة وهو اختيار الامام الرباني شمس الائمة السرخسي رحمه الله على ما ذكرنا من رواية المبسوط
فكان في لفظ الملك ايضا القياس والاستحسان كما في لفظ المال ففي جواب القياس يعم لفظ الملك على جميع
الاموال من مال الزكوة وغيره وعلى جواب الاستحسان يختص بمال الزكوة كما هو حكم المال الا ترى انه يبين محل الصرف
من اموال الزكوة واليه ذهب الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة
لان الملتزم الصدقة والصدقة انما تجب على العبد شرعا في المال الفاضل عن الحاجة فكذا في ايجاب العبد
على نفسه والفاضل عن الحاجة مال الزكوة فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكوة بدلالة قرانه لفظة
الصدقة على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى
ثم يمسك من ذلك قوته فاذا اصاب شيا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته في هذا القدر مقدمة
اذ لو لم يمسك احتاج ان يسال الناس ولا يحسن ان يتصدق بماله ثم يسال الناس من ساعته ولم يبين في
الكتاب اي في المبسوط مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله وصاحب الغلة اي صاحب
الدور والحوانيت والبيوت التي يواجرها الانسان يمسك قوت شهر وصاحب الضيعة يمسك قوت سنة لان

المحجور بان من وكل صبيا محجورا بفعل البيع والشرا او عبدا محجورا جاز العقد بمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما
على موكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما لنقصان اهليته وفي المحجور لحق سيده على ما يجي في كتاب الوكالة
ان شا الله تعالى والاصل انه اذا تعذر تعليق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما في
موكل المحجور على ما ذكرنا حيث يرجع بالحقوق الى من وقع له العقد لما قلنا واقرب الناس في مسالتنا من ينتفع بهذا
العقد وهو الغريم الا ترى ان القاضي لا يامر الوصي او امينه لا يفيد طلب الغريم فلذلك رجع المشتري بالثمن عليه
عند الاستحقاق لانه عاقد نيابة عن الميت وذلك لان الوصي قايم مقام الميت اما اذا كان الميت اوصى اليه وظاهر
واما اذا نصبه القاضي فكذلك لان القاضي انما نصبه ليكون قايما مقام الميت اما اذا كان لا ليكون قايما مقام
القاضي وحقوق العقد كانت ترجع الى المديون اذا باشر العقد بنفسه حال حيوته فكذا ترجع الى من قام مقامه
بعد مماته يرجع الغريم فيه بدينه اي يرجع رب الدين في ذلك المال الذي ظهر مدينه اي باخذ دينه من ذلك
المال قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا اي يرجع الغريم الى ذلك المال الذي ظهر ملك المائة
التي غرمها للوصي ايضا كما يرجع اليه بدينه قبله وانما قال بهذا اللفظ لان فيه اختلافا فقال الفقيه ابو الليث
رحمه الله يجوز ان يقال يرجع ويا خذ من ذلك المال ما ضمن للوصي او للمشتري لان هذا الضمان لحقه لامر الميت
وذكر الامام مجد الائمة الترجماني لا ياخذ في الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له
فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له اي لاجل الوارث هذا كله من الجامع الصغير البرهاني والمحبوبي
فصل اخرجهم في هذا الفصل مسايل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القاضي وهو ان
قول القاضي بانفراده ثابتا او معزولا هل يقبل ام لا ولكن فرده بفصل على حدة لتجانس مسايلها نظرا الى اتحاد
الاصل ووصله الى كتاب القضا لانه منه وقال لا ياخذ بقوله حتى يعاين الحجة الحجة او يشهد مع القاضي
بذلك عدل وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد قضاة زماننا ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبيا عليهم
الصلوة والسلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي الى القاضي لضرورة احيا
الحقوق ولان الجناية فيه قل ما يقع ووجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاه فيقبل لان القاضي قبل العزل
متمكن من انشا القضاء والخبر متى كان متمكنا من الانشاء فيما اخبر لا يتمكن التهمة في خبره ولانه قد يجري الرسم
انه لا يقلد في كل بلدة الا قاضي واحد فلو لم يكن بمجرد خبره حجة في الالزام لكان يقلد في كل بلدة قاضيان
لا يستشهد على الحق شاهدان اوا الى من ذلك مقر في ظاهر الرواية يجوز الاعتماد على خبر القاضي من غير ان يستفسر
قال مشايخنا رحمهم الله وهذا اذا كان القاضي عدلا فقيها فان عدالته يومن من ميله بالرشوة وفقهه يومن من
غلطه في الحكم ظاهرا كذا في الجامع الصغير لشمس الائمة الرخسي رحمه الله ولان طاعته اولي الامر واجبة قال
الله تعالى واطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم ومن الطاعة تصديقه وقبول قوله وصار كخبر الولاية
ولهذا قبل قول الجماعة فيجوز الاعتماد على قوله في كل باب كما في كتاب القاضي الى القاضي وان كان عادلا جاهلا استفسر
اي عن قضائه فان احسن اي تفسر قضائه بان فسر على وجه يوجب تفسيره من السنة ما قضاه شرعا يقبل قوله
وبحال التصديق بان يقول في حد الزنا ان استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول
في حد السرقة انه ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة
وانما احتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله عن الدليل دليلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما لا يقبل
الا ان يعاين سبب الحكم لان الله تعالى قال في حق الفاسق يا ايها الذين امنوا ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا وذكر في الكتاب
الاوجه الثلاثة من القسمة العقلية التي يوجب اربعة اوجه وترك الوجه الرابع وهو ما اذا كان القاضي عدلا
عالما لانه لما علم الحكم مما اذا كان القاضي عدلا جاهلا بانه يستفسر عن وجه حكمه بسبب جهله فحينيذ يقبل علم ان
القاضي اذا كان عدلا عالما يقبل قوله بدون الاستفسار لزوال موجب الاستفسار وهو الجهل ووجود موجب القبول
وهو العدالة ولا يمين على القاضي لانه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضا الخصم لا ينفذ والقاضي امين لا خصم كذا في
الجامع الصغير البرهاني ولان لو اوجبنا اليمين على القاضي في مواضع اليمين لامتنع الناس عن الدخول في القضا فيتعطل
امور الناس ولو اقر القاطع او الاخذ اي لو اقر القاطع بامر القاضي واخذ المال بامر القاضي بالقطع والاخذ بقضا
القاضي لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اي لان القاطع او الاخذ فعله في حالة القضا فلا يضمن ودفع القاضي صحيح
او دفع القاضي المال الى رب الدين والمستحق الذي هو الاخذ صحيح لانه دفعه في حالة القضا والظاهر انه
دفعه بحق فكان دفعه صحيحا كما اذا كان معاينا اي كما اذا كان دفع القاضي المال الى الاخذ علم القضا في معاينة



المحجور

الماخوذ منه المال حكمه لا يضمن الاخذ ولذا اذا اقر بما اقر به القاضي ولو زعم المقطوع يده الى ان قال فالقول للقاضي
ايضا هو الصحيح هذا احتراز عن ما ذكره الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله اعلم ان ما ذكره من جواب هذه المسالة
في الكتاب اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد رحمه الله وكذلك ايضا في شروح الجامع الصغير واما في الجامع الصغير
للامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله بعد ما ذكر جواب هذه المسالة الاولى فقال هذا اذا كان المقطوعة يده
والماخوذ منه بعد ما اقر به كان وهو قاض قبل ان يعزل فاما اذا زعم انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قول
اي قول المدعي لان هذا الفعل حادث فانما يحال بحدوثه الى اقرب الاوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق
الاصح نعم الاصل ان المتنازعة متى وقعت في الحالة الماضية فانه يحكم الحال وفي الحال فعله موجب للضمان
عليه فهو في هذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاول فقد اسند اقراره فعله وهو قاض وذلك
غير موجب للضمان عليه باعتبار الظاهر لان الاصل ان القاضي يقضي بما هو حق وذلك حتى يتبين خلافه ولكن
ذكر في عامة نسخ الجامع الصغير فالقول قول القاضي في هذه الصورة ايضا كما في الصورة الاولى لانه متى عرف
انه كان قاضيا صحت اضافته الى حالة القضاء فصار هو بتلك الاضافة منكرا لان حالة القضاء حالة معهودة
منافية للضمان عن القاضي ومن نظائر ايضا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل لا
بعد العزل فالقول قول الوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر لا يملك
انشاه فيصير مدعيا وكذلك العبد اذا قال لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد فلان فقال المقطوعة
بل قطعتها وانت حر فالقول قول العبد ولا ضمان عليه وكذلك لو قال لعبد قد اعتقه اخذت منك غلة
كل شهر خمسة دراهم وانت عبدي وقال المعتق اخذتها مني بعد العتق فالقول قول المولى لما مر ولو كان المال
قائما بعينه بعني الغلة فالقول قول العبد ياخذه من المولى لانه اقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه
فكان مدعيا وكذلك في مسالة القاضي لو كان الالف بعينها قائمة في يد القابض فقال القاضي بعد العزل
على وجه القضاء فالقول قول المقضي عليه على ما ذكره محمد رحمه الله في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا
يصدق القاضي في انه اخذه على وجه الحكم بعد العزل قالوا ومعناه ان القاضي لما اقر بالاخذ منه يصير
شاهدا لغيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة وكذلك الوصي لو ادعى
بعد بلوغ اليتيم انه انفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم انه استهلكه فالقول قول الوصي كذا ذكره الامام
المحبوبي فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا اي معلوما عند الناس
كان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية لايقاع الطلاق والعتاق وكذلك
لو قال اقررت وانا ذاهب العقل من برسام او لمم ويعرف ان ذلك اصابه فان القول في ذلك قوله لكونه
منكرا من حيث المعنى لاضافته الى حالة معلومة عند الناس وتلك الحالة منافية الاقرار **فان قيل**
يشكل على هذا ما ذكره في باب جناية المملوك من كتاب الديات من الكتاب من قول ابي حنيفة رحمه الله وابي
يوسف فقال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول
قولها وكذلك كل ما اخذ منه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مع انه منكر وجوب الضمان باسناده
الفعل الى حالة معلومة منافية للضمان ولو قلت انه اقر هناك بسبب الضمان ثم انه ادعى ما يبريه
فلا يسمع لذلك وها هنا ايضا اقر بسبب الضمان وهو الاقرار بالمعزله ثم ادعى ما يبريه بذهاب العقل
وكذلك القاضي اقر بالاخذ وهو موجب للضمان بعد العزل ثم ادعى ما يبريه بكونه في حالة القضاء ولكذا
الوكيل بالبيع وكذلك الوصي فيجب ان لا يسمع ما يدعيه ما يبريه ها هنا ايضا كما لا يسمع هناك او يسمع هناك
كما يسمع ها هنا من اي وجه يقع الفرقان بينهما **قلنا** وقع الفرق بينهما من حيث ان المولى اقر
باخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الاقرار ولا يصدق في جهة التملك كما لو قال
اخذت منك الدرهم درهم عن الدين الذي لي عليك او عن الهبة التي وهبت لي وانكر الاخر كان
المعزله وكذلك لو قال لغيره اكلت طعامك باذنك وقال الاخر بغير اذني فالقول قول صاحب الطعام
لما قلنا بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذلك في دعوى الطلاق
والعتاق والاقرار ما ادعوا التملك لانفسهم ما هو ملك الغير وكان القول قولهم في اضافتهم الطلاق والعتاق
والاقرار الى حالة معهودة منافية لها الى هذا اشار المحبوبي رحمه الله ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل
بما اقر القاضي اي لو اقر قاطع اليد واخذ المال في هذه الصورة وهي الصورة التي زعم المقطوع يده والماخوذ

ماله

[illegible]

كتاب الشهادات

[illegible]

عليه لبس الازار عيناً وفرضاً ولا لبس الرداء عيناً وفرضاً وكالنهي عن القيام لا يتعين عليه وجوب القيام القعود
عيناً وفرضاً او الاضطجاع عيناً وفرضاً فان تلبس باحدهما تحقق الانتهاء ولا يتعين في حرمة القيام واما اذا كان النهي
عما له ضد واحد فيكون هو في اقتضاء افتراض الضد كالامر الثابت بالكتمان بل يكون النهي حينئذ نا سخا لها حرمة
الضد وذلك مثل قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن فهو نسخ لكون الكتمان مشروعا وانما
كان هذا هكذا ليتحقق موجب النهي وهو الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الا باداء
الشهادة فكان اداء الشهادة فرضا قطعا لفرضية الانتهاء عن الكتمان بل ايجاب الامر الوجودي بصيغة
النهي الذي هو ابلغ الاصد واحد اولى من ايجابه بصيغة الامر لما مر ان الوجوب المستفاد من صيغة النهي اكد
من الوجوب المستفاد بصيغة الامر ثم اعلم ان وجوب اداء الشهادة على الشاهد فيما اذا كان قريبا الى مجلس القضاء
ظاهر واما اذا كان بعيدا فقد ذكر في الوجيز سئل نصير رحمه الله عن الشاهد اذا دعي الى الشهادة وهو في
الرستاق بان كان بحال لو حضر مجلس وشهد يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب عليه الحضور لانه لا ضرر عليه
في الحضور وان كان لا يمكنه الرجوع الى اهله في يومه لا يجب عليه الحضور وان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر
على المشي على الاقدام وليس عنده ما يركب فتكلف المشهود له بدابة يركب ويحضر فلا باس به وهذا من اكرام الشهود
وعن سليمان الجوزجاني رحمه الله رجل اخرج شهودا الى ضيعة فاستأجر الدواب لهم فركبوها
ولم تقبل شهادتهم وفيه نظر فان العادة جرت ان من اخرج الشاهد الى الرستاق فعليه دابته
خصوصا اذا لم يمكن للشاهد دابة ويعدون ذلك احسانا وسئل الفقيه ابو بكر رحمه الله عن من امتنع عن اداء
الشهادة لان القاضي لا يعرفه قال ان علم ان القاضي لا يقبل شهادته يرجو ان يسعه ان لا يشهد وفي كراهية
العيون اذا امتنع الشاهد عن الشهادة فان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم سواه فاجابوا يسعه
الامتناع عن اداء الشهادة وان لم يكن في الصك جماعة ممن تقبل شهادتهم سواه او كانوا لكن ممن لا يظهر
لهم شهادتهم او كان يظهر لكن شهادة هذا الشاهد اسرع قبولا لم يسعه الامتناع لانه يعني يضيع حق
المشهود له لو امتنع عن الشهادة وفي شرح صرفه شيخ الاسلام رحمه الله ان كان في حقوق العباد اذا طلب
المدعي الشاهد ليشهد له فاخر من غير عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل شهادته واشار الى المعنى فقال لما ترك
الاداء مع امكان الاداء فقد احتمل انه ترك الاداء لعذر بان نسي او كان له شغل مانع واحتمل انه ترك الاداء
لانه اراد الاداء اجرا ولم يسلم له الاجر فاذا اخذ الاجر بعد ذلك ادى فيمكن في شهادته نوع تهمة والتهمة
مانعة قبول الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه لم يقتصر على قوله آثم لزيادة التأكيد لما اسناد الفعل
الى الجارحة التي يعمل بها ابلغ من الاسناد الى الجملة الا ترى انك تقول اذا اردت التوكيد هذا مما ابصرته عيني
وسمعته اذني ولان القلب رئيس الاعضاء والمضغة التي ان صلحت صلح الجسد وان فسدت فسد الجسد
كله ولان افعال القلوب اعظم من افعال سائر الجوارح كلها الا ترى ان اصل الحسنات والسيئات للايمان
والكفر وهما من افعال القلوب فلما جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو مشهودا عليه بان الكتمان
من اعظم الذنوب والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار **فان قيل** هذا
الذي ذكرتم متعارض لاطلاق قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيره من النصوص المقتضية لوجوب الشهادة
مطلقا الشهادة **قلنا** هذه الاية محمولة على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياق الاية وهي اية
المداينة بقوله يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الى ان قال ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة فكان الحديث
المذكور والدليل العقلي في اقتضاء الستر سالمين عن المعارضة ثم انهما يدلان على التخيير وافضلية الستر
على ما هو المذكور في الكتاب والمعنى فيه ان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج الى احياء
حقه من الاموال وذلك في حقوق العباد فاما الحدود فحق الله تعالى والله تعالى موصوف بالغنا والكرم
فليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك على الشاهد ان يختار جانب الستر وكان هو افضل صيانة لهتك
عرض اخيه المسلم الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ ولا يقول سرق لانه اجتمع هاهنا
فرضية اداء الشهادة مع افضلية ترك الاداء وهذا الوجه الذي عمل بهما فكان هذا الوجه اولى
من الاداء واما اذا اختار جانب اقامة حد السرقة فلا يشهد هكذا بل يشهد بانه سرق منه الشهادة
في الزنا اعتبر فيها اربعة من الرجال فمعنى اشتراط الاربع يحتمل ان يكون المعنى فيه هو ان الزنا فعل يتحقق من اثنين
وهو مما يدري بالشهادات اشترط الاربعة لا الخمسة ولا الثلاثة ليكون على واحد من الزانيين شاهدان

كما في سائر المواضع الا انه اشترط اجتماع الاربعة هاهنا لقبول الشهادة تحقيقا لجانب الستر وذكر في المبسوط
ولا يشترط عدد الاربعة فيما سوى الزنا من العقوبات وغيرها وذلك سواء وليس في ذلك معنى سوى ان
الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولذلك شرط في الزنا زيادة العدد في الشهود ولما
جعل النسبة الى هذه الفاحشة في الاجانب موجبا للحد وفي الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر الفواحش
لستر العباد بعضهم على بعض وبيان ذلك في حديث ماعز رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام قال
هلا سترته بثوبك وفي بعض الروايات بثوبي لي اليتيم انت والخليفتين ابي بكر وعمر رضي الله عنهما والدليل
على ان المراد من الخليفتين ابو بكر وعمر صرح رواية الامر بذكرهما واي حضهما بالذكر لان تمهيد قواعد
الاسلام واهلها وطرق الاحكام كان اكثر في خلافتهما ولورود حديث خاص في حقهما بقوله عليه الصلوة
والسلام اقتدوا بالذين من بعدي ابي بكر وعمر وان منها شبهة البدلية وفي مواضع الاحتياط الحقت
الشبهة بالحقيقة كما في مسائل الزنا ثم حقيقة البدلية لا تعتبر في الحدود وهي الشهادة على الشهادة
فكذا شبهتها وانما قلنا ان في شهادة النساء شبهة البدلية لا حقيقتها لما ان حقيقة البدلية هي التي
لا اعتبار للبدل عند امكان العمل بالاصل كما في التيمم مع الوضوء والكفارة بالصوم عند امكان الكفارة بالمال
في كفارة اليمين وهاهنا فيما جاز فيه شهادة النساء جازت شهادتهن مع امكان شهادة الرجال فلا يكون
في حقهن شهادتهن حقيقة البدلية لكن فيها شبهة البدلية صورة فان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين
فرجل وامرأتان خرج على مشابهة قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام وذلك كما ان اما ثم جب اشتراط
لجواز العمل بالثاني من حيث الظاهر عند عدم امكان العمل بالاول في الاثنين جميعا فكانتا متماثلتين في
اقتضاء البدلية من هذا الوجه ثم البدلية في الآية الثانية حقيقة فكان في الاولى شبهتها لا محالة
في شهادتهن اخرا حقيقة البدلية لما قلنا من جواز شهادتهن عند امكان شهادة الرجال وعن الحدود
والقصاص ومنها الشهادة بنفسه الحدود وحد الشرب والسرقة تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين **فان قيل** هذا النص ورد في المداينات لما تقدم فكيف يكون حجة في الحدود والله
قلنا نعم اشتراط عدد الاثنين والذكورة فيما اختص باب الزنا بالاربع من الرجال بقوله واللاتي
يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم لا يلحق به غيره في العدد بالقياس لوجوه ثم
ان القياس لا يجري في المقادير والاعداد والثاني ان القياس لا يجري في الحدود والثالث عدم مساواة
غيره به لما ذكرنا ان مجرد النسبة الى الزنا موجب للعقوبة المعدة بخلاف سائر الكبائر ولا يجري القياس
فلما انحط درجة غير الزنا من الحدود لم يكن بد من انحطاطها في عدد الشهادة وليس ذلك الا الاثنين
لعدم ورود النص في الثلاث فتعين عدد الاثنين لذلك واما اشتراط الذكورة فلحديث الزهري المذكور في
الكتاب وعموم قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم لما ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب
حتى ان هذه الآية صلحت حجة في غير المداينات من الحقوق سواء كان مالا او غير مال فجعلت حجة ايضا
في الحدود ولان الحدود من الحقوق التي تثبت بالاقرار مرة وبالشهود بالاجماع والحقوق تثبت شرعا
بالشهود التي فوق الاثنين سوى حد الزنا فتعين سائر الحقوق بالاثنين من الشهود ومن سائر الحدود
بقية الحدود فتثبت بشهادة رجلين وذكر في المبسوط ثم القياس ان يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان
جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل ولا يوجب
علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بالعدد ما لم يبلغوا حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا
ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
فان قيل في هذه النصوص جواز بيان العمل بشهادة العدد وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد
قلت لا كذلك فالمقادير في الشرع اما لمنع الزيادة والنقصان او لمنع النقصان دون الزيادة كاقل
مدة الحيض والسفر او لمنع الزيادة دون النقصان كاكثر مدة الحيض وهذا التقدير ليس لمنع الزيادة
فلو لم يعد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة وحاشا ان يكون التقدير المنصوص خاليا عن الفائدة
وفيه لما ذكرنا اشارة الحديث الزهري وكما ذكر من شبهة البدلية وقوله والوصية اي الوصاية
لانه في نفسه غير المال وكذلك كالعتاق والنسب وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاحالة
وشرط الخيار كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله ثم المعنى في اشتراط عدد الاثنين في هذه الحقوق ان

[illegible]

[illegible]

اعيان

اعيان على هذا الحرف ليسلم انه شهادة ولكن يدعى انه سقط اعتبار العدد بالمعنى الذي سقط اعتبار
الذكورة وفي الحاصل هذا احد شبهها من الاصلين من الشهادات لمعنى الالزام ومن الاخبار لان صفة
الذكورة فيه لا يشترط ثمه فوفرنا حظه على الشبهين فقلنا لشبهه بالاخبار سقط اعتبار العدد فيه شرطا
وبقي معتبرا احتياطا كما في رواية الاخبار بان الواحد يكفي والمثنى والثلاث احوط لزيادة طمانينة القلب
ولاعتباره بالشهادة شرطنا فيه الحرية والاسلام ولفظة الشهادة وهذا لانه مختص بمجلس القاضي
فلهذا اشترط فيه لفظة الشهادة ثم حكمها اي شهادة امراة واحدة شرحناه في الطلاق في باب ثبوت
ك ٥ النسب من كتاب الطلاق وهو قوله واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة
ثبت الولادة بشهادة امراة واحدة وان قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة
لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله يعني تثبت الولادة بقول امراته وعندهما تشترط شهادة القابلة
واما حكم البكارة الى اخره شرح ذلك ما ذكره في استحسان المبسوط فقال وحاصله ان شهادتهن حتى بانه
تريد كانت حجة والبكارة في النساء اصل فاذا قلن انها بكر تايدت شهادتهن بما هو الاصل فان قلن
انها ثيب تجردت شهادتهن من مؤيد فلا بد من ان يستحلف الزوج حتى ينضم نكوله الى شهادتهن وكذلك
لو اشترى جارية على انها بكر فقبضها وقال وجدتها ثيبا فان النساء ينظرن اليها للحاجة الى فصل الخصومة
فيها فان قلن هي بكر فلا يمين على البائع لان شهادتهن قد تايدت باصل البكارة وبمضي البيع وهو
اللازم وان قلن هي ثيب يستحلف البائع لتجرد شهادتهن عن مؤيد فاذا انضم نكول البائع الى شهادتهن
ردت عليه **قوله** رحمه الله والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع **فان قيل** في هذا اللفظ
مناقضة لان العيب لو ثبت بقولهن لا يحلف البائع بل يرد عليه الجارية فكيف يكون تحليف البائع نتيجة
ثبوت العيب في الجارية بل ثبوت العيب منتج للرد لا للتحليف **قلت** معناه والعيب يثبت
بقولهن في حق سماع الدعوى وحق التحليف حتى انهن لو لم يقلن انها ثيب ليس للمشتري ولاية تحليف البائع
بل القول قول البائع بقوله انها بكر لتمسكه بالاصل فكان معنى هذا القول اي العيب يثبت بقولهن
في الحال فيحلف البائع بالله انها لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يدي وانما احتيج الى شهادتين
في اثبات العيب بها في الحال وفي حق التحليف لما ذكر في باب العيوب بقوله ومن اشترى عبدا فادعى اباقا
لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري الى ان قال وانكار البائع في حق التحليف
انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف ولا بد في ذلك كله من العدالة
وفي المبسوط والعدالة هي الاستقامة وليس لكمالها نهاية وانما المعتبر منها القدر الممكن وهو الانزجار عن
ما يعتقد حراما في دينه وذكر في الذخيرة واحسن ما قيل في تفسير العدل ما نقل عن ابي يوسف رحمه الله
ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن ارتكاب الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه
اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه والغالطي التساول والاول اصح وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا
سواء كان ذا وجاهة او لم يكن وذلك لان قبول الشهادة في العمل بها اكرام الشاهد كما قال عليه الصلاة
والسلام اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلاف ذلك قال عليه الصلوة
والسلام اذا لقيتم الفاسق فالقوه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا بالفسق فلا مروة له شرعا فلهذا لا يقبل
شهادته كذا في المبسوط ولان قوله تعالى يا ايها الذين امنوا ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا اطلق بقينا وكل
الفاسق الوجيه والخامل وهذا النص هو الموجب لرد شهادة الفاسق فلان النصوص نطقت باشتراطها وهو
المراد بنطق النصوص باشتراط لفظ الشهادة هو ورود نظمها بلفظ الشهادة والاستشهاد والاستشهاد دون
قوله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقوله عليه الصلوة والسلام
اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع الا ان يكون اشتراطها صريحا بتلك اللفظة والى هذا اشار بقوله
اذ الامر فيها بهذه اللفظة فلما جاء الامر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ اخر **فان قيل** يشكل على هذا
لفظ التكبير فانه جاء الامر بالتكبير بذلك اللفظ في قوله تعالى وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفة ومحمد
رحمهما الله تبديله بلفظ اخر في معناه نحو قوله الله اجل والله اعظم **قلت** الفرق بينهما ظاهر لما
ان التكبير للتعظيم وفي قوله الله اعظم صريح التعظيم فكان هو مثله من كل وجه فيقوم مقامه لعدم
التفاوت بينهما واما لفظ الشهادة فينبئ عن المشاهدة لفظا وبذكر للقسم استعمالا فلما كان كذلك

فالحكم المعلق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون معلقا جوازه بلفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي مثبت بخلاف القياس على ما ذكرنا في اوايل كتاب الشهادات فيراعي جميع ما ورد فيه النص وهو الذي ورد هو كلفظ الشهادة فيراعي هو واما لفظ التكبير للتعظيم فهو موافق للقياس فما فيه التعظيم مؤدى حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا ولفظة الشهادة في شهادة النساء والولادة وغيرها هو الصحيح هذا احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فانه ذكر الامام المرتاشي رحمه الله في قول القابلة في مسألة الولادة وهل يشترط لفظة الشهادة فيه شرح بكر رحمه الله قال مشايخ بلخ وبخارا رحمهم الله يشترط وقال العراقيون لا واتفقوا على انه يشترط الحرية والعقل والبلوغ والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم **فان قيل** اين ذهب قولكم الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فيجب ان لا يكتفى بالظاهر **قلنا** الظاهر هنا قايم مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان الى الوصول الى الدليل القطعي وذلك لانه لو لم يكتف بظاهر العدالة يحتاج الى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بظاهر الحال لما ان الظاهر ان المزكي في قوله هو عدل غير كاذب لان المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلو لم يكتف بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر يجب ان لا يكتفى بظاهر عدالة المزكي ايضا لانه عمل بالظاهر فحينئذ يحتاج الى مزكي اخر في تعرف عدالة المزكي الاول وكذلك في الثالث والرابع وهذا امر يؤدي الى التسلسل وقولهم ان الظاهر لا يكفي للاستحقاق قلنا قد يكفي له اذا لم ينازعه احد الا ترى ان الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره اذا لم ينازعه المشتري في ذلك وههنا ايضا كذلك لان كلامنا فيما اذا لم يطعن المدعى عليه في الشهود فلو طعن يجب السؤال عنهم كما لو باع المشتري الشفيع فيما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه الى هذا اشار في الاسرار وقوله الا في الحدود والقصاص استثناء عن قوله يقتصر الحكم على ظاهر العدالة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم هذا في غير الحدود والقصاص فانه قد ذكر ان في الحدود والقصاص لا يتوقف السؤال عن الشهود الى الطعن لانه يقابل الظاهران يعني كما ان الظاهر في ان الشهود لا يكذبون في شهادتهم وكذلك للخصم اذا طعن فيهم والظاهر انه لا يكذب في طعنه فيحتاج القاضي حينئذ الى الترجيح وفيه صون قضائه عن البطلان اي على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا يبطل القضاء المستور اسم الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام كذا في المغرب حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والحلي جمع حلية بالضم والكسر والمصلي مثل المراد به المحلة والظاهر ان المراد به مسجد المحلة اعلم ان التزكية على نوعين تزكية السر وتزكية العلانية فصورة تزكية العلانية ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدل هذا الذي عدلته وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي او يكتب اليه كتابا فيه اسماء الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كان سوقيا حتى يتعرف المزكي فيسال عن جيرانهم واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر او يقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ثم القاضي ان شاء جمع بين تزكية العلانية وبين تزكية السر وان شاء اكتفى بتزكية السر كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله ويردها للمعدل اي ويرد المستورة المعدل لنفي شبهة تعديل غيره لانه قد يسمى الرجل باسم غيره فان الاثنين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقال الخصاف ينبغي ان يكون المعدل غير المعدل في العلانية وينبغي للقاضي ان يختار للمسألة عن الشهود من كان عدلا ليمكن الاعتماد على وينبغي ان يكون صاحب خبرة بالناس ولا يكون منزويا لا يخالط الناس لانه اذا لم يخالط الناس لا يعرف العدل من غير العدل وينبغي ان لا يكون طماعا ولا فقيرا حتى لا يخدع بالمال وان يكون فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل وينبغي للمعدل ان يختار للسؤال عن الشهود من كان موصوفا بالاوصاف التي شرطت في المزكي وانما يسال جيرانه واهل سوقه لانهم اعرف بحاله وان لم يجد في جيرانه واهل

من يصلح للتعديل يسال اهل محلته وان وجد كلهم غير ثقات يعتبر في ذلك تواتر الاخبار وان كان المعدل لا يعرف الشهود بالعدالة فاخبره رجلان عدلان وسعه ان يعدلهما لان خبر العدلين حجة مطلقة يجوز نظم الحكم به فيجوز للمعدل التعديل به الا ترى انه اذا شهد عنده رجلان عدلان على النسب وسعه ان يشهد على النسب ولذا ههنا قال ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله اقبل في تزكية السر المراة والعبد والمحدود في القذف اذا كانوا عدولا ولا اقبل في تزكية العلانية الا تزكية من اقبل شهادته لان تزكية السر من باب الاخبار والخبر به امر ديني وقول هؤلاء في الامور الدينية مقبول اذا كانوا عدولا الا ترى انه تقبل روايتهم في الاخبار عن رسول الله عليه الصلوة والسلام ويجب الصوم بقولهم واما تزكية العلانية فلها شطر الشهادة من حيث ان القضاء لا يجب الا بها كما لا يجب الا بالشهادة حتى يشترط في المزكي في تزكية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصر وان لا يكون محدودا في قذف سوى لفظ الشهادة فانه شرط بالاجماع وهؤلاء لا يصلحون للشهادة فلا يصلحون لتزكية العلانية وعلى هذا تزكية الوالد لولده وتزكية الولد لوالده في السر جايزة لانها من باب الاخبار كذا في الذخيرة تحرزا عن الفتنة وكانت التزكية في عهد الصحابة رضي الله عنهم علانية لان القوم كانوا صلحاء والمعدل كان لا يتوقى عن الجرح لانهم كانوا لا يقابلونه بالاذى كذا في الفوايد الظهيرية وهذا اصح لانا في زماننا تركت تزكية العلانية لانها بلا وقته لان الشهود يقابلون الجارح بالاذى كذا في الفوايد الظهيرية وهذا اصح لان ما في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية وبهذا لا يسال القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسال عن عدالته كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير قال وفي قول من راي ان يسال عن الشهود الى اخره قال ابو حنيفة رحمه الله وفي قول من راي ان يسال عن الشهود وهو ابو يوسف ومحمد رحمه الله لما تقدم قيل هذا هو قوله قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم الى ان قال وقال ابو يوسف رحمه الله لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله بعد ذكر اختلافهم في التزكية على هذا الوجه فقال ثم فرع ابو حنيفة رحمه الله فقال على قول من يرى المسألة عن الشهود فكان هذا نظير مسألة المزارعة لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يجوز هذا اذا كان المدعى عليه عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصلح هذا التعديل لان العدالة في المزكي شرط عند الكل ولم يوجد وعن محمد رحمه الله ان القاضي يسال المدعى عليه شهدوا عليك بحق ام بغير حق فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضي بشيء وكذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله واذا كان رسول القاضي اي المزكي على ما يذكر في الكتاب يكون قوله الذي يسال من الشهود صفة الرسول وتفسير والذي يسال عنه عن الشهود وهو المزكي يكون المراد برسول القاضي هو المزكي وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان اي في الحكم الذي يثبت بشهادة رجلين كما في عامة الاحكام واما في الحكم الذي يحتاج القاضي الى اربعة من الشهود في الحكم اشترط فيه الاربعة من المزكين ايضا كذا ذكره في الذخيرة وكذا ايضا في الكتاب بعد هذا ثم قال في الذخيرة واجمعوا على ان ما سوى العدد من ساير شرايط الشهادة سوى التلفظ بلفظة الشهادة من العدالة والبلوغ والعقل والبصر وان لا يكون محدودا في القذف والحرية شرط ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود اي بالاجماع واليه اشار في المختلف واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة اي امر تعبدي لا يدركه العقول فكان حكما ثابتا بالنص بخلاف القياس فلا يتجاوز هذا الحكم من الموضع الذي ورد فيه النص باشتراطه الى غيره وقد ذكر في المبسوط بان اشتراط العدد في الشهادات امر ثابت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بالعدالة لا بالعدد كما في رواية حديث النبي عليه الصلوة والسلام وفي حق العلم بالتواتر واذا كان كذلك لا معنى لاشتراط العدد في الشهادات امر ثابت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بالعدالة لا بالعدد كما ورد به لكن تركنا ذلك القياس بالنصوص التي فيها بيان العدد فلا نتعداها اي فلا نتعدى اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية لشرط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله لان التزكية ليست في معنى الشهادة على ما ذكر يشترط الاربعة في مزكي شهود الزنا كما يشترط في الشهادة به والله اعلم

فصل

في هذا الفصل احكام تتعلق باداء الشهادة بان الشاهد كيف يشهد عند القاضي احدهما يثبت بنفسه اي لا يحتاج فيه الى الشهادة بل يجوز للشاهد ان يشهد بدون الاشهاد بخلاف الشهادة على الشهادة فاذا

لو جرحهم

[illegible]

دق

سمع ذلك اي مما كان من الاموال مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم او رآه اي ما كان من الافعال من الاقوال مثل
البيع والاقرار وحكم الحاكم او رآه اي ما كان من الافعال مثل الغصب والقتل وهو الركن اي علم ما هو
الموجب بنفسه هو الركن في جواز الاداء عند القاضي حصل العلم وكذا لاداء الشهادة مع انه شرط فيه بدليل
قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون حصل كونهم عالمين حالا للشهود والاحوال شروط وكذلك في الحديث
حيث جعل صريح الشرط بقوله اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدعه هكذا لزيادة تاثير في توقف اداء صحة
الشهادة الى العلم ويقول اشهد انه باع وهذا في البيع الصريح ظاهر واما اذا كان البيع بطريق التعاطي ودون
الحاجة الى الشهادة فالشهود كيف يشهدون قيل يشهدون على الاخذ والاعطاء ولا يشهدون على البيع لان
التعاطي بيع حكمي وليس ببيع حقيقي وقيل لو شهدوا على البيع جاز كذا في الذخيرة وكذلك في الاقرار اشهد
ان فلانا اقر بكذا ولو فسر للقاضي لا يقبل بان قال اني اشهد بالسماع من وراء الحجاب النغم الكلام الحق
من حد سمع وضرب يقال فلان حسن النغمة اذا كان حسن الصوت في القراءة وعن محمد رحمه الله بن مقاتل انه
اذا سمع الرجل صوت امراة من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها فلانة لا يجوز لمن سمع اقرارها ان اشهد
على اقرارها الا اذا رأى شخصها يعني حال ما اقرت حينئذ يجوز له ان يشهد على اقرارها شرط رؤية شخصها
لا رؤية وجهها كذا في الذخيرة ولا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد فلا يصح الشهادة بدون التحميل لان
شاهد الفرع لا علم له بالحق لكنه يقبل شهادة عين عند محمد بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول في قول
محمد رحمه الله ولو رجع الاصول والفروع جميعا تخير المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع
فلا يصير وكيلا الا بامره وعند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يكن لا شهادة توكيلا حتى لو اشهد انسانا على شهادته
لو سمعه عن الاداء لا يصح منعه وكان لشاهد الفرع ان يشهد على شهادته ولو رجع الاصول لا يجب الضمان
عليهم في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان شهادة الاصول انما تصير حجة بالنقل الى مجلس القضاء
وهذا يعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يحمل لا صحة الا بامره فلا يشهد على شهادته الا باشهاده
وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لما قلنا انه لا يصح الا بامره وشاهد الاصل
لو امر السامع بالشهادة لصاحب الملك اذا وكل انسانا بالتصرف فسمع غيره لم يصر السامع وكيلا ومن فرق
بين هذا وبين ما لو سمع قاضيا يشهد قوما على قضائه كان للسامع ان يشهد على قضائه لان قضاء القاضي
حجة ملزمة ومن عاين الحجة حل له ان يشهد من غير اشهاد كما لو عاين الاقرار والبيع او غير ذلك فاما الشهادة
في غير مجلس القضاء فغير ملزمة فكانت انابة بالنقل ولم يوجد الانابة في حق السامع كذا ذكره الامام قاضي
خان رحمه الله وفي قوله واذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز الى آخره اي في غير مجلس القضاء هكذا وجدت
بخط شيخي رحمه الله وفيما ذكرنا من تعليل قاضي خان رحمه الله بقوله فاما الشهادة في غير مجلس القضاء غير
ملزمة كان اشارة اليه حتى لو سمع شاهدا يشهد عند القاضي شهادة حل للسامع ان يشهد لان شهادة
الذي يشهد عند القاضي ملزمة فصار بمنزلة اشهاد القاضي قوما على قضائه كما ذكرنا والله اعلم
ذكر له وقيل هذا ما لا اتفاق اشارة الى اول المسالة وهو قوله ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد
اي ههنا لا يحل للشاهد ان يشهد بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه
ان الشهود شهدوا او ان نائب القاضي هذه الشهادة في قمطر تحت ختمه المشهود له يطلب الحكم وجملة المسالة
في ادب القاضي من المبسوط ثلاثة فصول كما هو المذكور في باب السين من اصول الفقه احدها ان القاضي
اذا وجد في ديوانه صحيفة فيها شهادة الشهود لا يحفظ انهم شهدوا عنده بذلك فعلى قول ابي حنيفة رحمه
الله عليه ان يتفكر في ذلك حتى يتذكر وليس له ان يقضي بذلك ان لم يتذكر وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
اذا وجده وذلك في قمطر تحت خاتمه فعليه ان يقضي به وان لم يتذكر وهذا منهما نوع رخصة فالقاضي
للكثرة اشتغاله يعجز ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له ان يعتمد على الله
عند الاشتباه النسيان فان الادمي ليس في وسعه التحرز عن النسيان الا ترى الى ما ذكر الله تعالى في حق
من هو معصوم سنقرئك فلا تنسى وفي تخصيصه بذلك بيان ان غيره ينسى وسمي الانسان انسانا لانه ينسى
قال تعالى ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسي ولو لم يجز له الاعتماد على كتابه عند نسيانه ادى الى الحرج والحرج
مدفوع وما كان في قمطر تحت خاتمه فالظاهر انه حق وانه لم تصل اليه يد مغير ولا زائد فيه
والقاضي مامور باتباع الظاهر ومذهب ابي حنيفة رحمه الله هو العزيمة فالمقصود من الكتاب ان يتذكر اذا

نظر

سبب العارض وذكر فيها ايضا انه انما تجوز الشهادة على الموت بالسماع اذا كان الرجل مشهورا معروفا
بان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا تجوز الشهادة على الموت الا بالمعاينة
وعن ابي يوسف رحمه الله اخرا انه تجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب قال النبي عليه الصلوة والسلام الولاء
لحمة كلحمة النسب ثم الشهادة على النسب بطريق التسامع والشهرة جائزة فكذلك على الولاء لان النبي عليه
الصلوة والسلام قرن بينهما الا ترى انا نشهد ان قنبرا مولى لعلي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله
عنهم وان لم ندرك ذلك ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد قرون كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم تجز الشهادة
عليه بالتسامع لتعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء وحجة قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد ان العتق ازالة
ملك اليمين بالقول فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامع كالبيع وبيانه مما قررنا ان العتق كلام يسمعه
الناس وليس كالولادة فلا حاجة الى اقامة فعل التسامع فيه مقام السبب ثم لا يقترن بسبب الولاء ما
يشتهر به فالانسان يعتق عبده ولا يعلم غيره فكان هذا دون البيع لان البيع يشتهر بما لم يعلم به
المشتري والعتق نافذ وان لم يعلم المعتق بخلاف ما تقدم لانه يقترن باسبابه ما يشتهر به من الوجه
الذي قررنا كذا في المبسوط وذكر في ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله وذكر شمس الائمة الحلواني
رحمه الله ان الخلاف ثابت ايضا في العتق فان العتق سبب الولاء والشهادة على الولاء شهادة على
العتق لكن صاحب الكتاب لم يذكر وذكر الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح هذا الكتاب
ان الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع انما الخلاف على الشهادة بالتسامع في الولاء كما ذكر صاحب
الكتاب اراد به الخصاف رحمه الله ثم صاحب الكتاب شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء عند ابي
يوسف رحمه الله شرطا لم يشترط محمد رحمه الله في المبسوط فقال انما يقبل اذا كان العتق مشهورا وللمعتق
ابوان او ثلاثة في الاسلام محمد رحمه الله توسع ولو ان رجلين ادعى كل واحد منهما ولاء رجل ميت واقاما
بينة ان فلانا الميت كان عبدا له وانه اعتقه وانه مولاه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره فتثبت
بالولاء والميراث بينهما لان الولاء مما يحتمل الاشتراك فصار كالاموال فيقضى بينهما نصفين في اصله دون
شرائطه قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله لابد من بيان الجهة بان يشهد وانه وقف
على هذا المسجد او المقبرة او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم ذلك لا تقبل شهادتهم كذا في الذخيرة
ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له وصورة المسالة رجل راى عينا
في يد انسان ثم راى ذلك العين في يد اخر والاول يدعي الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد
اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان اكثر ما
في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشراء او الهبة وما اشبه ذلك لان الشراء انما يفيد الملك اذا كان
المبيع ملكا للبائع وانما يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلا منازع فثبت ان لا دليل على الملك سوى اليد
فكان للشاهد ان يعتمد مثل هذا الدليل اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة كذا في الجامع
الصغير البرهاني وذكر الامام قاضي خان رحمه الله لان الملك لا يعرف الا باليد لان الانسان وان
عاين البيع ونحو ذلك لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وانما يعلم ملك البائع باليد فلو لم تجز
اداء الشهادة بحكم اليد يسد باب الشهادة والشهادة حجة بالاجماع ولا يشترط انضمام التصرف اليها
لان يد التصرف قد تكون لغير ملك ايضا فيحصل بنفس اليد دليلا الا في العبد والامة لان الحر قد يخدم
الحركانه عبده وامكن هناك ازالة هذا الاحتمال بتحكيم الاقرار بالرق فعلم بسقط اعتبار الاحتمال فيه
حتى لو عرف انه رقيق وسعك ان تشهد بحكم اليد انه ملكه لان الرقيق لا يد له على نفسه ثم كما
يحل للشاهد ان يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي ايضا القضاء به حتى ان القاضي لو عاين بيده في
حال قضائه حل له ان يقضي كما يحل للشاهد ان يشهد وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك
ان يقع في قلبه انه له واسند هذا القول في الفوائد الظهيرية الى ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال وعن
ابي يوسف ومحمد اذا وقع في قلب الرائي انه ملكه وسعه ان يشهد وهذا لان الاصل في الشهادة
الاحاطة والتيقن لقوله عليه الصلوة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فعند
اعواز ذلك يصار الى ما يشهد به القلب وهذا فيما اذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا
في يد جاهل ليس في ابائه من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد له بالملك وبعضهم شرطوا مع هذا ان

عدم جواز التسامع في الولاء
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

[illegible]

من اسم ما فيه وكان القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله يشترط مع روية اليد والتصرف ان يقع في
قلبه انه ملكه **باب فصل** الشاهد اذا اقيد الشهادة مما استفاد العلم به من معاينة اليد فالقاضي لا
يقبل شهادته ولو جاز تحمل الشهادة بالمشاهدة لقبل القاضي الشهادة **قلنا** نحن جعلنا العيان
سببا للجواز لا للوجوب والقاضي يلزمه القضا بالملك بالشهادة ونحن ما ضمنا ذلك وهذا قلنا ان الرجل
اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك ثم بيعت دار بجنب هذه الدار واراد صاحب اليد ان ياخذها
بالشفعة والقاضي لا يقضي له بمجرد عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا
للوجوب لكنه سبب للجواز ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله اي يحتمل ان يكون قوله
ان يقع في قلبه انه تفسير للاطلاق وهو قوله وسعك ان تشهد به انه له وبه قال بعض مشايخنا
رحمهم الله وهو الخصاف ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في ادب القاضي وفيه ايضا قال ابو يوسف
رحمه الله لا تشهد على ذلك حتى معرفة ذلك في قلبه ويجوز ان يكون هذا قول الكل به باحكام ان يعاين
المالك والملك الى اخره فالقسمة العقلية مذكورة وهي دليل الانحصار بيانه ان عاين المالك والملك
بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحفظه وراه في يد يتصرف تصرف
الملاك ويدعي انه له ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد بالملك لان هذه شهادة عن علم ويقين
فان لم يعاين المالك والملك ولكن سمع من الناس قالوا الفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدها
كذا وكذا لا يحل له ان يشهد له بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة وان عاين المالك وعرفه معرفة
تامة ولكن لم يعاين الملك بان سمع من الناس ان لهذا في قرية كذا ضيعة حدودها هكذا وهو لم يعرف
تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وان عاين الملك دون المالك بان
عاين ملكا بحدوده ينسب ذلك الملك الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعاين فلانا بوجهه
ولا يعرفه بنسبه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لان هذه شهادة بالملك للمالك ثم للجهالة في
المشهود به يمنع حل الشهادة فالجهل في المشهود له ايضا وجب ان يمنع وفي الاستحسان يحل لان الملك
معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع وكانت هذه شهادة بمعلوم لمعلوم من صحة ان صاحب الملك
ربما يكون امراة لا تبرز ولا تخرج ولو اعتبرنا تعرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك لبطل حقها فسقط
اعتبار التعرف واكتفى فيه بالتسامع فاذا سمع ان هذه الضيعة لفلان وهي في يديها ووقع في قلبه
ان الامر كما سمع حل له ان يشهد بالملك لها كذا في الذخيرة وادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله فان
قيل يلزم على جواب الاستحسان ان يشهد على ملك المال بالتسامع والشهادة على المال بالتسامع لا
تجوز قلنا انما لا تجوز اذا كانت الشهادة في حق المال قصدا واما اذا كانت الشهادة بالتسامع في حق
النسب وفي ضمنه ثبوت المال تجوز اعتبارا للمتضمن وها هنا كذلك لانه سمع ان هذا الملك لفلان
بن فلان تحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه لانه لا بد لهما كالثياب
وان كانا كبيرين اراد بالكبيرين ان يكونا يعبران عن انفسهما سوا كانا صبيين عاقلين او بالغين
ولم يرد بهما البالغين لا عبرة بدلالة ذكرهما مقابلة انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما اي حتى
لا يكون اليد دليل الملك عليهما لانهما في ايدي انفسهما من وجه فانهما من اهل ان يثبت لهما اليد
على انفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لعند
يجوز اقراره حتى يصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه **فان قيل** لو كان الاعتبار للتعبير عنهما عن
انفسهما في الحرية والرقية لوجب ان يعتبر دعواهما الحرية بعدما كبرا في يد الذي يدعي رقهما **قلنا**
الاعتبار للتعبير عن انفسهما لكن اذا كان في وقته وهو فيما اذا لم يثبت لاحد عليهما رقية واما
اذا ثبت الرقية عليهما للمولى الذي هما في يده فلا يقبل بعد ذلك دعواهما الحرية في وقت التعبير عن
انفسهما لانه ظهر الرق عليهما في حال صغرهما وهذا وامثاله يأتي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى
ان شاء الله تعالى والعرف ما شاه وهو قوله لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما خلافا للثياب
والله اعلم **باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل** لما ذكر تفصيل ما يسمع فيه
من الشهادة وما لا يسمع بالنسبة الى محال الشهادة اتت النوبة الى تفصيل من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع
وقدم ذلك لان المحال شروط والشرط مقدم على المشروط كالطهارة على الصلوة ثم اعلم ان الاصل في هذا

[illegible]

باب قلت [illegible]

والراسخون في العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وبيان انه ليس بعطف ان قوله تعالى فاجلدوهم
امر بفعل وهو خطاب الائمة وقوله واولئك هم الفاسقون اثبات وصف لهم مكتسب بحقيق المبادرة
بينه وبين ما تقدم ليكون عطفا والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد ايضا فينبغي
ايضا ان لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع الحد فلا تاثير للتوبة في الحد يوضح ما قلنا ان رد الشهادة ليس
بتمم للحد لا بسبب الفسق هو ان الثابت بالنص هو التوقف في خبر الفاسق كما قال تعالى فتبينوا والمنصوص
عليه هاهنا حكم اخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا انه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد كما قررنا
ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الاية عطف العلة على الحكم وذلك لا يحسن في البيان وهذا
الاصل قلنا بقبول شهادته قبل اقامة الحد عليه وان لم يتب لانه من تمام حده ولو انه بعد اقامة
الحد وهو ان باقامة الحد يصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب اولى كذا
في المبسوط **وان قلت** هذا الذي ذكرته وان دل على رد شهادة المحدود في القذف بعد الحكم دليل
على ان شهادته مقبولة عند التوبة وذلك لان قوله تعالى الا الذين تابوا استثنا عقيب الجمل المنسوقة
والاستثنا متى تعقب كلاما منسوقا بعضها على البعض ينصرف الى جميع ما تقدم كقول القايل امراته
طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو منصرف الى جميع ما تقدم ولان القذف منه افترا
على عبد من عباد الله تعالى فلا يكون اعظم من افترائه وهو الكفر وذلك لا يوجب رد الشهادة على
التابيد بل اذا تاب واسلم تقبل شهادته ولانه نسبة الغير الى الزنا فلا يكون اقوى من مباشرة فعل الزنا
وذلك لا يوجب رد الشهادة على التابيد فهذا اولى ولانه اذا تاب قبل اقامة الحد تقبل شهادته بالاتفاق
ولا جايز ان يكون الموجب لرد الشهادة اقامة الحد عليه لوجهين احدهما ان ذلك فعل الغير بغير اختياره
وفعل الغير في حقه لا يصلح سببا لرد شهادته كما في ساير الحدود والثاني انه يطهر باقامة الحد عليه
قال عليه الصلوة والسلام الحدود كفارات لاهلها فما هو الموضوع للتطهير لا يصلح ان يكون رادا للشهادة
قلت اما الاول فان الاستثنا المتعقب او الشرط المتعقب لجمل انما ينصرف الى
الكل لو كان الجمل معطوفا بعضها على البعض لثبوت الاشتراك بينهما بواو العطف وهذا العطف بالواو اي
الواو في قوله واولئك هم الفاسقون واو النظم لا واو العطف فكان منقطعا عن الاولى فينصرف الاستثنا
الى ما يليه لا الى ما انقطع عنه الكلام وذكر في اصول الفقه لشمس الائمة رحمه الله في فصل عمل القوم بالنصوص
بوجوه وهي فاسدة فقال وهذا لو قال لفلان علي مائة دينار لفلان الف درهم الا عشرة يجعل الاستثنا
من اخر المالين لان بالاستثنا لا يخرج الكلام من ان يكون اقرارا وباعتبار الاقرار كل واحد من الجملتين
تامة فيكون الواو للنظم وينصرف الاستثنا الى ما يليه خاصة وعلى هذا قلنا في قوله واولئك هم الفاسقون
الا الذين تابوا ان هذا واو النظم حتى ينصرف الاستثنا الى تتمة الفسق دون ما تقدمه والشافعي رحمه
الله يجعل هذا الواو للعطف والذي في قوله ولا تقبلوا للنظم حتى يكون الاستثنا منصرفا
اليهما دون الجلد فلا يسقط الجلد بالتوبة والصحيح ما قلنا فان من حيث الصيغة معنى العطف يتحقق
في قوله تعالى ولا تقبلوا ولا يتحقق في قوله واولئك هم الفاسقون لان قوله فاجلدوا ولا تقبلوا كل
واحد منهما خطاب للائمة واما قوله واولئك هم الفاسقون ليس خطابا للائمة ولكنه اخبار عن
وصف القاذف فمن هاهنا لا يصح معطوفا على ما هو خطاب فجعلناه للنظم **فان قلت** قوله تعالى
ولا تقبلوا وان كان خطابا للائمة ولكنه اخبار كقوله فاجلدوا ولكن كل واحد منهما جملة تامة
بنفسها فلا يعطف الثانية على الاولى على وجه الاشتراك لان قوله ولا تقبلوا لهم جملة تامة بنفسها
قلت لانه تام لا يتابه هذا الحكم ابدا فاما جزا على المعصية فلا يتم الا عطفا على الجلد لان المعصية
ذكرت قبل الجلد وانه لو قال اذا دخلت الدار ففاطمة طالق وسالم حر كان سالم عطفا وهو
تام ابتدا لكنه ناقص معنى لانه لم يذكر له شرط على حدة كذا في الاسرار واما قوله فامراته طالق وعبده
حر الا ان يدخل الدار فالموضع موضع الاستثنا فكان اول الكلام موقوفا الى اخره اذا كان في اخره ما
يغير فالاستثنا مما يغير الكلام فلذلك انصرف الاستثنا في الاستثنا الى جميع ما تقدم بخلاف الاقرار فانه
اظهار امر ثابت فالاستثنا في اخره انما يعمل في جميع ما تقدم اذا كان الواو للعطف من كل وجه وليس
الواو في قوله واولئك هم الفاسقون للعطف فلا ينصرف الاستثنا الى ما قبله واما الجواب عن الاخر

[illegible]

فاذكر بقوله وحجتنا في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والابد ما لا نهاية له فالتنصيص عليه
في بيان رد شهادته دليل على انه يتناول الشهادة على التأبيد ومعنى قوله تعالى لهم اي للمحدودين بسبب
القذف وبالتوبة لا يخرج من ان يكون محدودا في قذف ولما ذكرنا من الدليل ان رد الشهادة من تمام حده
واصل الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط ايضا وهذا يخرج الجواب عن الكفر والزنا وغيرهما فانه
اذا اسلم الكافر وتاب الزاني حيث تقبل شهادتهما لان النص لم يرد في حقهما برد الشهادة على وجه التأبيد
ولان يكون الرد من تتميم حد الكفر والزنا حتى لا يقبل وان تابا كما في المحدود في القذف وذكر في المبسوط
فالصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدق مقالته بعد اقامة الحد عليه تقبل وهو
هو مقبول الشهادة ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق وقد مر وجه
الفرق بينهما مشبعا في باب حد القذف من كتاب الحدود ولانه لا شهادة للعبد اصلا ولهذا لو شهد العبد
ورد القاضي شهادته ثم شهد بعد العتق في تلك الحادثة تقبل بخلاف الفاسق والزوج اذا ردت شهادتهما
في حادثة ثم شهدا فيها بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو ضرب الكافر بعض حد ثم اسلم فانه يقبل لان
الضرب بعد الاسلام ليس بحد حتى يتبعه تمامه وهو الرد وحاصل الفرق بين العبد والكافر في مسألتنا
ان العبد لما لم يكن له شهادة وقت اقامة الحد عليه توقف تتميم ذلك الحد الذي اقيم عليه وهو رد
شهادته فيما بين جنسه فلم يتوقف رد شهادته الى وجود صلاحية الشهادة له وهو ما بعد العتق الى
ذلك الحد في رد شهادته بعد العتاق واما الكافر فله شهادة مما بين جنسه من الكفار وقت اقامة
الحد عليه فلاقى الحد محله في التتميم وهو رد شهادته فيما بين جنسه فلم يتوقف رد شهادته الى شيء اخر حتى
انه حين رد شهادته فيما بين الكفار فلما اسلم كان الاسلام له حيوة حادثة بعد موته بالكفر فيثبت له
حكم المسلمين عليه ابتدا ومن حكم المسلمين قبول شهادتهم فيقبل شهادته لذلك **فان قلت** تعلى
ما ذكرت من تعليل مسألة العبد في رد شهادته بعد العتاق يشكل بمن زنى من المسلمين في دار الحرب ثم خرج
الى دار الاسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا فيتوقف حكم المؤثر في حق العبد الى ان يوجد محله ولم يتوقف في
حق من زنى في دار الحرب فما الفرق بينهما **قلت** الفرق بينهما من حيث ان الزنا هناك لم يقع موجبا
للحد اصلا لما ان اقامته الى الامام وولاية الامام منقطعة عنه ولو اقيم بعد خروجه الى دار الاسلام
كان اقامة لحد الزنا من غير موجب لا ينقلب موجبا في الحد فلا يحد واما العبد فلم يكن اهلا للشهادة
وتمام الحد برد الشهادة فيتوقف على ما بعد العتاق لان ما يوجب اصله يوجب وصفه وتتميم الحد من [صفته]
فيجب وصفه ايضا كوجوب اصله او نقول كانت له شهادة قبل العتق فيما بين المسلمين من وجه حتى تقبل
شهادته بهلال رمضان وفي الديانات وقد صارت شهادته هذه مجروحة باقامة الحد عليه فلا تقبل
شهادته بعد ذلك في جميع المواضع لانها من جنس تلك الشهادة وذكر في المبسوط بعد ما ذكر من الفرق الذي
ذكر في الكتاب فقال وهذا الفرق على الرواية التي تقول ان الحر المحدود في القذف في الديانات تقبل واما
على الروايات التي لا تقبل حتى في الديانات وهي رواية المنتقى فوجه الفرق بينهما ان الكافر بالاسلام
استفاد العدالة التي لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عند الرد لما عند اقامة الحد وهذه العدالة لم
تجرح فجاز بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عدالته مجروحة
باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال **فان قيل** تعلى قود ما علله في حد الكافر الذي حد في القذف
في حال كفره ثم اسلم في قبول شهادته يجب ان تقبل شهادة من تاب من المحدودين في القذف عند الشافعي رحمه
الله لانه فاسق عنده باقامة الحد عليه والفاسق ليس من اهل الشهادة عنده وانما يستفيد الاهلية بعد
ذلك بالتوبة كما اذا اسلم الكافر المحدود في القذف حيث تقبل شهادته بالاجماع **قلنا** لا كذلك فقد
قامت الدلالة لنا على ان الفاسق من اهل الشهادة وهذا الذي ذكرتم اوفى دليل لنا في ان المراد من قوله
تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا بعد التوبة لان عنده قبل التوبة لا شهادة له فلا يتصور رد الشهادة
من لا شهادة له لان ذلك مردود وقد بدون الرد فتبين من هذا ان المراد من قوله تعالى لا تقبلوا لهم شهادة
ابدا رد شهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة والى هذا اشار في المبسوط في قوله بخلاف
العبد اذا حد ثم اعتق لا فائدة في ذكر الحد قبل الاعتاق في حق العبد في حق عدم قبول شهادته فانه اذا لم
تقبل شهادته بسبب الحد قبل الاعتاق فاولى ان لا تقبل شهادته فيما اذا حد بعد الاعتاق لانه لا فائدة

ودليل

وقت القبول شهادته فاوجب الرد واما في ذكر حد الكافر قبل الاسلام فائدة فانه كان تقبل شهادته بعد
الاسلام في تلك الصورة على ما ذكر واما لو قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال اسلامه لا تقبل شهادته ولو
حد بعضه في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين وقد ذكرناه في حد القذف ولا شهادة
الوالد لولده ولا شهادة الولد لابويه ومالك رحمه الله يخالفنا فيه فيجوز شهادة الوالد لولده في الطرفين جميعا
بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه وهذا لان دليل رجحان الصدق في خبره انزجاره عن ما يعتقد
حرمته ولا فرق في هذا بين الاقارب والاجانب ولهذا قبلت شهادة الاخ لاخيه ولكنا نستدل بالحديث المذكور
في الكتاب وروي ان الحسن رحمه الله شهد لعلي رضي الله عنهما مع قنبر عند شريح فقال له شريح رحمه الله ائت
بشاهد اخر فقال علي رضي الله عنه مكان الحسن او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال اما سمعت رسول
الله عليه الصلوة والسلام يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة فقال قد سمعت ولكن ائت بشاهد
اخر بعزله عن القضاء ثم اعاده عليه وزاد في رزقه فدل انه كان ظاهرا فيما بينهم ان شهادة الولد لا تقبل
لانه وقع لعلي رضي الله عنه انهما مخصوصان من الجملة بتلك الفضيلة التي ذكر بقوله عليه الصلوة والسلام
انهما سيدا شباب اهل الجنة في انتفاء التهمة عنهما بهذه الفضيلة ولذلك المعنى جوز شهادته لنفسه لولا مطالبة
سبب الرد من نوع جرح ولم يطالبه به ووقع عند شريح ان السبب المانع وهو الولاد قائم في حقه ولا طريق
لمعرفة الصدق والكذب حقيقة في حق من هو غير معصوم عن الكذب فبنى الحكم على السبب الظاهر وهو كما
وقع عند شريح والى هذا رجع علي رضي الله عنه واما الاستدلال على قبول شهادته بسبب عدالته فمتروك
في حق شهادة المرء العدل لنفسه او فيما له منفعة حيث لا يظهر هناك رجحان جانب صدقه باعتبار عدالته
لظهور ما يتبعه من نفع له وكذلك في حق الاباء والاولاد لما الشبهة المتمكنة بينهما او لمنفعة الشاهد للمشهود
له لكون المنافع بين الاولاد والاباء متصلة والى هذا اشار النبي عليه الصلوة والسلام بقوله انت ومالك
لابيك بخلاف الاخوة وسائر القرابات فقد يكون القرابة هناك سببا للتحاسد والعداوة فانا وقد
ما وقع من التحاسد بين الاخوة بيانه في قوله تعالى قال لاقتلنك وكما في اخوة يوسف عليه الصلوة والسلام
والى هذا اشار في المبسوط والاسرار ولا العبد لسيده **فان قيل** ما فائدة تخصيص السيد في حق العبد
او شهادة العبد لا تقبل في حق الكل **قلنا** ذكره في هذا المقام على سبيل الاستطراد فان النبي عليه الصلوة
والسلام لما عد مواضع التهم التي يرد فيها شهادة الشاهد للتهمة ذكر العبد مع سيده فصار كانه قال
لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض والتقدير لا تقبل في حق سيده للتهمة الثابتة
بينهما كما في سائر مواضع التهم لا شهادة للقانع مثل اراد من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير ونحوه
لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم كذا في المغرب وذكر في الذخيرة شهادة الاجير المشترك مقبولة وشهادة
الاجير الوحد لاستاذه لا تقبل استحسانا سواء كان اجيرا مياومة او مشاهرة او مسانهة وفي كتاب الديات تجوز
شهادة الاجير لاستاذه والمراد منه الاجير المشترك وذكر في كتاب كفالة الاصل لا تجوز شهادة الاجير لاستاذه
والمراد منه الاجير الخاص وهو الاجير الوحد والقياس ان تقبل شهادته ايضا لانه عدل شهد لغيره من كل وجه
لانه ليس له فيما شهد فيه لا ملك ولا حق ولا شبهة ملك ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع فلهذا اجاز
شهادة الاستاد له ووضع الزكوة فوجه الاستحسان ما اشار اليه محمد رحمه الله بقوله والاجماع المنعقد
على قول واحد من السلف فيه حجة تترك به القياس ويخص به الاثر اراد به شريحا والنوع من المعنى وهو ان الاجير الوحد
مملوك الاستاد من وجه اعني به منفعة الاجير لان الاجير الوحد لا يملك ان يواجر نفسه من غيره في مدة الاجارة
فصار شهادته لاستاده كشهادة المملوك لمالكه بخلاف الاجير المشترك فانه غير مملوك لاستاده منفعة الا ترى
انه له ان يواجر نفسه من غيره في مدة الاجارة وبخلاف الاستاد اذا شهد لاجيره لانه ليس مملوكا لاجيره اصلا
فهذا هو الحرف المعتمد في المسألة ولو كان اجيرا خاصا مشاهرة ولم يرد القاضي شهادته ولم يظهر عدالته
حتى مضى الشهر ثم عدل قال ابطل شهادته كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل ان تعدل ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار
اجيرا قبل ان يقضي ابطل شهادته فان لم يبطلها حتى بطلت الاجارة ثم اعادها جاز هكذا ذكر في العيون فيستوجب
الاجر بمنافعه اي فيستوجب الاجير الاجر على المستاجر بمنافع نفسه لان عمل الاجير كله في مدة الاجارة للمستاجر
فصار الاجير حينئذ بالشهادة للمستاجر مستوجبا للاجر عليه فصار الاجير بمنزلة المستاجر على الشهادة لان شهادته
من اعماله لجميع اعماله مستحقة للمستاجر في المدة ودليل عدم جواز اجارة نفسه لغير المستاجر على الشهادة

لان شهادة عمل من اعماله بجميع اعماله مستحقه للمستاجر في المدة بدليل عدم جواز اجارته نفسه لغير المستاجر في المدة بدليل عدم جواز اجارته نفسه لغير المستاجر في المدة وهو معنى قوله فيصير كالمستاجر عليها اي على الشهادة والتحرز والتحوز بهم امدا ويوجد بتحدد والايدي ولايدي متحيرة اي يد كل واحد من الزوجين مجموعة بنفسها عن متصرفة في مال الاخر عن سعادته البته فكانت الزوجية نظيرة الاخوة او دونها لان الزوجية تحتمل القطع والاخوة لا تحتمل لا نظيره الولاد لان كل واحد من الوالدين والولد ينصرف في مال صاحبه كما في العزيز اي رب الدين ولنا ما روينا بقوله عليه الصلوة والسلام ولا المراة لزوجها ولان الانتفاع متصل عادة ولهذا لو وطي جارية امراة وقال ظننت انها تحل لي فانه لا يحد كما في لو وطي الابن جارية ابيه بخلاف جارية الاخ وهذا لان الاتحاد بين الزوجين بالزوجية نفسا وما لا اكثر مما يكون بين الولد والوالد في العادة والشريعة فانهما بالزوجية يصيران لشخص واحد في اقامة اسباب المعيشة عرفا وشرعا ويكونان كمصراعي باب وزوجي نعل ولهذا جعل رسول الله عليه الصلوة والسلام امور داخل البيت على فاطمة وامور خارج البيت على علي رضي الله عنهما وبهما يقوم مصالح المعيشة فالظاهر ميل كل واحد منهما الى صاحبه وايثاره على غيره كما في الاباء والاولاد بل اظهر في الانسان قد يعادي والديه ليرضي زوجته وقد تاخذ المراة من مال ابيها فتدفع الى زوجها والزوج يعد غنيا بمال الزوجة قيل يا ويل قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي اغنى بمال خديجة رضي الله عنها والدليل على ان الزوجية بمنزلة الولاد حكما لاستحقاق الارث بها من غير حجب عن الارث يوضح ما قلنا ان الزوجية بمنزلة الاصل للولاد فان الاولاد ينشا من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت في الاصل وان عدم ذلك المعنى فيه الا ترى ان المحرم اذا كسر بابا بيض الصيد يلزمه الجزاء وليس في البيض معنى الصيدية ولكنه اصل الصيد فيثبت فيه من الحكم ما ثبت في الصيد الا ان هذا الاصل انما يلحق بالولاد في حكم يتصور قيام الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم دون ما لا يتصور كالقصاص فانه يجب بعد القتل ولا زوجية بعد قتل احدهما الاخر فكان هذا جوابا عن ما تمسك الشافعي رحمه الله بجريان القصاص بينهما كذا في المبسوط والاسرار ثم لو شهد احد الزوجين في حادثة فرد القاضي شهادته ثم ارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة في تلك الحادثة لا تقبل شهادته وكذلك في الفاسق بخلاف ما شهد العبد في حادثة ورد القاضي شهادته ثم اعتق واعاد تلك الشهادة قبلت شهادته وكذلك الصبي والكافر حكمهما كحكم العبد والفرق ان شهادة احد الزوجين للاخر شهادة وكذلك شهادة الفاسق ردت شهادتهما لتهمة الكذب والقاضي اذا رد شهادة الشاهد صار الشاهد مكذبا من جهة الشرع فيما شهد به وبتكذيب الشرع تنزل منزلة التكذيب من حيث العيان واما العبد اذا كان عدلا فرد الشهادة لا لتهمة الكذب بل لكونه غير اهل للشهادة فلم يكن مكذبا من جهة الشرع وفي الكافر وان كان فيه تهمة الكذب ولكن رده لعدم الاهلية ايضا لانه لا ولاية له على المسلم فاحيل بالرد على عدم الاهلية لا على تهمة الكذب وكذلك في الصبي اليه هذا اشار في الذخيرة ولا شهادة المولى لعبده ولا لمكاتبه لمكاتبه ومدبره ولان شهادته لملكه كشهادته لنفسه باعتبار قيام الملك او الحق في المشهود به وكذلك شهادة ابن المولى وابنه وامراته لهؤلاء وكذلك شهادة المراة لزوجها المملوك لان وصلة الزوجية او وصلة الولاد في المنع من قبول الشهادة كذا في المبسوط لان الحال موقوف مراعى اي لان حال العبد موقوف بين ان يصير للغرماء بسبب تعلقهم في دينهم او يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه لما قلنا وهو شهادة لنفسه من كل وجه او من وجه لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة الانسان لا تقبل واذا لم تقبل شهادته في نصيبه لا تقبل لشريكه ايضا في نصيب شريكه لان هذه شهادة واحدة فاذا بطل بعضها بطل كلها ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل وهذا التعميم في التفصيل في حق الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه لا تقبل الا في الحدود والقصاص لان ما عدا الحدود والنكاح مشترك بينهما فكان شهادة لنفسه من وجه وشهادة الاجير المشترك مقبولة وشهادة الاجير الواحد لمستاجره لا تقبل استحسانا سواء كان اجيرا مياومة او مشاهرة او مسانهة وقد ذكرناه هذا كله من الذخيرة ولا تقبل شهادة مخنث فقيل المخنث بكسر النون والكسر ومنه المخنث ويخنث في كلامه ذكره في المغرب والمخنث في عرف الناس هو الذي يباشر الرديء من الافعال اي افعال النساء من التزين تشبيههن والتشبه بهن في الفعل والقول والفعل مثل كونه محل اللواطة والقول مثل تليين كلامه باختيار تشبها بالنساء فاما الذي في كلامه لين اي خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الرديئة

هذا

هذا عدل مقبول الشهادة الا ترى ان هيتا المخنث كان يدخل بيوت ازواج النبي عليه الصلوة والسلام ويمزح معهن حتى سمع رسول الله عليه الصلوة والسلام منه كلمة شنيعة امر باخراجه كذا في المبسوط ونهى عن الصوتين الاحمقين وصف الصوت بصفة صاحبه اي صوت النائحة وصوت المغنية ومثله قوله عليه الصلوة والسلام افضل الاعمال الحال المرتحل اعلم ان التغني للهو معصية في جميع الاديان فقال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان المغني امراة فان نفس رفع الصوت منها حرام خصوصا اذا كان مع الغنا وعن هذا لم يقيد هاهنا بقوله للناس وقيده فيما ذكر بعد هذا في غنا الرجال وذكر في الذخيرة ولم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها وانما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة وهذا لقوله عليه الصلوة والسلام لعن الله النائحات ولانها ارتكبت ما لا يحل في الشرع وهو الغنا والنوح لطمعه في المال فلا يؤمن ان ترتكب شهادة الزور لاجل المال بعد ذلك البرعلية من الغنا والنوح في تطويله تعالى ورجل مدمن خمر اي مداوم شربها ذكره في الصحاح ثم قوله ولا مدمن الشرب على اللهو اطلق الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا في حق سقوط العدالة ذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته وان كان كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك او يخرج سكران يسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب وفي الذخيرة ولا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته انه يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا تجوز شهادة مدمن السكر واراد به في سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه يتشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور ولا من يلعب بالطيور لانه يورث الغفلة لان الظاهر ان يكون قلبه مع ذلك وعامة احواله فيه فقل ما يفطن في سائر الامور ثم هو مصر على نوع لعب قال عليه الصلوة والسلام ما انا من دد ولا الدد مني والغالب انه ينظر الى العورات في السطوح وذلك فسق فاذا كان يمسك الحمام في بيته يستانس بها فهو عدل مقبول الشهادة لان امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك احد كذا في المبسوط ولكن ذكر في الذخيرة محالا الى كتاب الكفالة لشيخ الاسلام رحمه الله اذا كانت تطير من ولكن يحبسهن حتى يخرج من سبقهن لا تقبل شهادته وعلل فقال لانه يأتي بيت حمامته حمامات غيره فيفرخ ثم هو يبيع ذلك ويأكل ولا يعرف حمامة من حمام غيره فيصير اكلا حراما ومرتكبا ما لا يحل فعلى هذا التقدير لا تقبل شهادة صاحب الحمام وان لم يقف على عورات النساء بصعود سطحه ولا من يغني للناس ولا يقال ان فيه تكرارا فقد ذكر المغنية قبل هذا لانا نقول ذلك مخصوص بالمراة وهذا عام ولان الاولى في التغني مطلقا وهذا في التغني للناس والاصح فيه من الجواب ان يقول انما ذكر النائحة والمغنية هناك لورود الحديث بذلك اللفظ فقال عليه الصلوة والسلام لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ذكره في الذخيرة ولما ذكر النسا بحكم يشترك فيه الرجال والمراة لصيانة لفظ الحديث اراد بعد ذلك ان لا يستفاد حكم الرجال من حكم النسا فاعادها هنا جريا على الاصل ولانه لو اقتصر على الاول ليتوهم ان ذلك الحكم مخصوص بالنسا لان ذكر النسا على ما عليه الاصل انما يذكر في احكام هن مخصوصات بها كما في قوله وليس على المراة ان تنقض ضفائرها وكاحكام الحيض وغيرهما ثم اعلم انه انما قيد للناس لانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة قبلت شهادته فان التغني لاسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ ومن الناس من جوز ذلك في العرس والوليمة الا ترى انه لا باس بضرب الدف في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو ولكن لما لم يكن به باس لان فيه اظهار النكاح واعلانه وبه امر صاحب الشرع قال عليه الصلوة والسلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومنهم من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان لا باس به واما التغني لاسماع نفسه ودفع الوحشة عن نفسه هل هو مكروه فقد اختلف المشايخ فيه منهم من قال لا يكره وبه اخذ شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل

اللهو وهذا القائل يحتج بما روي عن انس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو كان
يتغنى والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من قال جميع ذلك مكروه وبه
اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله وهذا القائل يحمل حديث البراء بن مالك على انه كان ينشد الاشعار المباحة
التي فيها ذكر الوعظ والحكمة وهذا لان اسم الغنا كما يطلق على الغنا المعروف يطلق على غيره قال عليه الصلوة
والسلام من لم يتغن بالقران فليس منا وانشاد ما هو المباح من الاشعار لا باس به وان كان في الشعر
صفة المراة ان كانت امراة بعينها وكانت حية يكره وان كانت ميتة او كانت امراة مرسلة لا يكره هذا كله من
الذخيرة وذكر في المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته ولا من ياتي بابا من الكباير
واختلفوا في تفسير الكبيرة قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه الصلوة والسلام في الحديث
المعروف وهو الاشراك بالله والفرار عن الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن
والزنا وشرب الخمر وهو قول اهل الحجاز واهل الحديث وزاد بعضهم على هذا السبع اكل الربا واكل مال اليتيم
بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بنص القران فهو كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قتل فهو كبيرة
وقال بعضهم ما ~~فيه حد او قتل~~ كان حراما لعينه فهو كبيرة والاصح ما قيل فيه هو ما نقل عن شمس الائمة الحلواني
رحمه الله انه قال كل ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكباير
وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكباير توجب سقوط العدالة كذا في الذخيرة
وذكر في فتاوي قاضي خان رحمه الله ولا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير ازار اذا لم يعرف رجوعه عن
ذلك وذكر الكرخي رحمه الله لا تقبل شهادة من يلعب الشطرنج لكن شرط انضمام احد المعاني الثلاثة
اذا قامر عليه او شغله عن الصلوة او اكثر الحلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الاشيا الثلاثة
من الكباير ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال قال عليه الصلوة والسلام ملعون من
لعب بالنرد ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا لان الاجتهاد فيه مساغا قال مالك والشافعي رحمهما الله
بحل اللعب بالشطرنج وابو زيد الحكيم يختار قولهما كذا في الذخيرة وشرط في الاصل ان يكون اكل الربا مشهورا
به وعن هذا وقع الفرق بين هذا وبين اكل مال اليتيم فقال في الذخيرة وكان ينبغي ان تزول العدالة
بالاكل مرة كاكل مال اليتيم لان كل واحد منهما كبيرة ومع هذا شرط الادمان في اكل الربا
واختلف المشايخ في علته قال بعضهم انما شرط ذلك لان الانسان قلما يتخلص عن ذلك لان البياعات الفاسدة
كلها ربوا ولا يمكنه التحرز عن جميع الاسباب المفسدة للعقد فقال لا يهتدي الى ذلك فلو رد
شهادته اذا ابتلي به مرة يفضي لا يبقى في الدنيا مقبول الشهادة فلذلك شرط ان يكون مشهورا بذلك مقيما
عليه وقال بعضهم بان الربا ليس حرام محض لان الربا مفيد للملك عندنا بعد اتصال القبض به والملك
مبيح للاكل في غير الخمر وان كانت حرمة السبب تمنع الاكل فلم يكن حراما محضا وكان ناقصا في كونه
كبيرة فيجب ما ارتكب الشاهد في دينه ان يكون ذلك في الحرمة مثل حرمة شهادة الزور حتى يستدل
به على شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض لانه كذب فارتكاب ما لا يكون حراما محضا لا يدل
عليه بخلاف اكل مال اليتيم بغير حق فانه لم يوجد فيه ما يدل على نقصانه في كونه كبيرة وكان هو مثل
شهادة الزور فيدل هو عليه ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفيه يحكى المستحقرة المستخفة المستقبحة
من الاستحقار والاستخفاف والاستقباح كلها على بنا اسم المفعول المستخفة من التسخيف مبنيه على
بنا اسم الفاعل صحيح في المغرب فيه الاحتراز عن غيرها وقال سخفته نسبته الى السخف وهو رقة
العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعليه ما في المحيط لا تجوز شهادة من يفعل الافعال
المستخفة ثم قال وهكذا خط شيخنا وتصحيحه والاثبات المستخفة بكسر الخاء وفتحها ففي كل منها نحو الاكل
على الطريق يعني به بمراى الناس وذكر في فتاوى قاضي خان رحمه الله ولا تقبل شهادة من ياكل بين ايدي
الناس لان ذلك لا يفعله من كان له مروة وذكر في الذخيرة والمغني قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان
شهادة الصكاكين لا تقبل لانهم يكتبون في السوق هذا ما اشترى فلان بن فلان وقبض المشتري وسلم
البايع ما باع وضمن الدرك فان لم يكن شي من ذلك فيكون هذا منهم كذبا محضا اذ لا فرق بين الكذب بالقول
وبين الكذب بالكتابة والصحيح انه تقبل شهادتهم اذا كان غالب احوالهم الصلاح وعن ابي هريرة رضي
الله عنه انه قال لا تجوز شهادة اصحاب الحمير اراد به النخاسين وانما قال ذلك لكثرة ما يكذبون في بياعاتهم

الفاجر

الفاجر فان علم من واحد منهم انه لا يكذب ولا يجري منه اليمين الفاجرة كان عدلا وتقبل شهادته وقال
بعض العلما لا تقبل شهادات اهل الصناعات الدنية خلافهم ولكثرة ما يجري من الايمان الفاجرة بينهم وعامة
العلما رحمهم الله يقولون المجوز العدالة وقد وجدت فتقبل شهادتهم وقال الخصاف شهادة بايع الاكفان
لا تقبل قال شمس الائمة رحمه الله انما لا تقبل شهادته اذا اتخذ لذلك العمل وترصد لانه حينئذ يتمنى الموت
والطاعون واما اذا كان يبيع الثياب هكذا ويشتري منه الاكفان تجوز شهادته وشهادة النخاس
لا تقبل ذكره في مناقب ابي حنيفة رحمه الله وحكي عن نصير بن يحيى انه سئل عمن يشتم اهله ومماليكه واولاده
اتقبل شهادته قال اذا كان في كل يوم وكل ساعة فلا وان كان احيانا تقبل ان شاء الله تعالى وفي الجامع
الصغير للامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله وكذا لا تقبل شهادة من يجازف في كلامه حكي ان الفضل
بن الربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال
الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة
انا عبدك وان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي في مجلسك
من الكذب لا يبالي من الكذب في مجلسي ايضا فعذره الخليفة في ذلك ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف
المراد من السلف الصحابة والتابعون وابو حنيفة واصحابه رضي الله عنهم وفي الذخيرة قال ابو يوسف
رحمه الله لا اجيز شهادة من يشتم اصحاب رسول الله عليه الصلوة والسلام لانه لو شتم واحدا من الناس
لا اجيز شهادته فهاهنا اولى وتقبل شهادة اهل الاهواء الهوى ميلان النفس الى ما تستلذ به من
الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم فان اصول اهل الاهوا ستة
الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثني عشرة فرقة فيبلغ الى
اثنين وسبعين فرقة وذكر في الذخيرة وشهادة اهل الاهوا مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفر
به صاحبه ولا يكون ماجنا ويكون عدلا في تعاطيه وهو الصحيح واستدل محمد رحمه الله في الكتاب لبيان
ذلك فقال ارايت ان اصحاب رسول الله عليه الصلوة والسلام ساعدوا معاوية رضي الله عنه على مخالفة
علي رضي الله عنه لو شهدوا بين يدي علي رضي الله عنه اكان يرد شهادتهم لا شك ان مخالفة علي بعد عثمان
رضي الله عنهما بدعة وهوى فكيف الخروج عليه بالمسابقة لكن لما كان عن تاويل وتدين لم يمنع قبول
الشهادة وكذا هذا ولانه مسلم عدل في تعاطيه يشهد بعين من كل وجه وهو من اهل الشهادة فتقبل
شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وانما قلنا انه مسلم لان كلامنا في هوى لا يكفر به صاحبه وانما
قلنا انه عدل في تعاطيه لانه لم يرتكب ما هو حرام في دينه واعتقاده حرمته مثل حرمة شهادة الزور
حتى يستدل به على شهادة الزور وصار كمن شرب المثلث او اكل متروك التسمية عامدا مستحلا لذلك اي
معتقدا اباحة ذلك فانه لا يصير به مردود الشهادة كذا في المبسوط الا الخطابية ثم قوم ينسبون
الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان علي بن ابي طالب
الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وكانوا يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد
له بقية شيعته بذلك كذا في شرح الاقطع وذكر في المغرب الخطابية طائفة من الرافضة نسبوا الى ابي
الخطاب محمد بن ابي وهب الاجدع قال صاحب المقالات وهم كانوا يدينون بشهادة الزور لموافقيهم
وذكرها في المبسوط كما مر في الكتاب وقال هم صنف من الروافض يستجيزون ان يشهدوا للمدعي اذا حلف
عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فاعتقاده هذا يمكن تهمة الكذب فربما اقدم على اداء الشهادة
على هذا الطريق فاما رواية الاخبار من اهل الاهوا فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله والاصح عندي
انه لا تقبل كذا في المبسوط وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم قيد بشهادة
اهل الذمة بعضهم على بعض احترازا عما ياتي بعد هذا بقوله ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي وقيد
بقوله وان اختلفت مللهم احترازا عن قول ابن ابي ليلى رحمه الله فانه يقول اذا اتفقت مللهم تقبل شهادة
بعضهم على بعض وان اختلفت لا تقبل لقوله عليه الصلوة والسلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى
الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها وانا نقول قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم
اولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء وقال
مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون هكذا كان لفظ الكتاب

بتصحيح شيخي رحمه الله لان الله تعالى قال والكافرون هم الفاسقون والفسق عبارة عن الخروج يقال فسقت
الرطبة اذا خرجت من قشرها وسمي المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تعاطيا والكافر لخروجه عن حد
الدين اعتقادا فاذا ثبت انه فسق وجب التوقف في خبره بالنص فصار كالمرتد اي لا تقبل شهادة المرتد
لجنسه ولخلاف جنسه وعليهما وكذا الكافر ولنا ما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام اجاز شهادة النصارى
بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وابو موسى رضي الله عنهما وحجتنا ايضا في ذلك قوله تعالى او آخران
من غيركم اي من غير دينكم وهو بناء على قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا معناه تنصيص على جواز شهادتهم على وصية
المسلم ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم جوازها على وصية الكافر وما ثبت بضرورة النص فهو
كالمنصوص ثم انتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ حكم ولايتهم على المسلمين فبقي حكم الشهادة فيما بينهم على ما ثبت
بضرورة النص وليس من ضرورة انتساخ شهادتهم على المسلم انفساخ شهادة بعضهم على بعض كالولاية والفسق
من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان **فان قيل**
لا نسلم انهم يجتنبون الكذب بل يباشرونه فان الله تعالى اخبر انهم ينكرون الايات عنادا مع علمهم بانها
حق وكان ذلك كذبا منهم قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا **قلنا** كان ذلك
في الاحبار الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث تواطئوا على كتمان نعت رسول الله عليه
الصلوة والسلام ونبوته فلا شهادة لهؤلاء عندنا واما من سواهم فيعتقدون الكفر لان عندهم ان الحق
ما هم عليه قال الله تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهذا التحقيق تبين ان فسقهم فسق اعتقاد
وقد بينا في شهادة اهل الاهواء ان فسق الاعتقاد لا يمكن تهمة الكذب في الشهادة **فان قلت**
لو احتج الخصم بقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء وقد شرط الله تعالى ان يكون مرضيا والكافر لا يكون
مرضيا ولان شهادته لا تقبل على المسلم وكل من لا يكون من اهل الشهادة على المسلمين لا يكون من اهل
الشهادة على احد كالعبيد والصبيان بل اولى فالعبد المسلم احسن حالا من الكافر الا ترى ان خبره
في الديانات يقبل ولا يقبل خبر الكافر ولان الرق من آثار الكفر فاذا كان اثر الكفر يخرجه من الاهلية
للشهادة فاصل الكفر اولى ولانا لو قبلنا شهادته لاوجبنا على القاضي القضاء بشهادته ولا يجوز
ان يلزم المسلم شيء بقول الكافر فما جوابنا في هذا المجموع **قلت** اما الاية فان الرضا ثبت
في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن اهل الكتاب
من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك وهذه الاية خرجت مخرج الوصف له بالامانة وفعل الامانة مرضي
الله وان لم يكن الكافر مرضيا فكفره ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة لان الشهادة
من اداء الامانات واما العبيد والصبيان فانما لا شهادة لهم لانعدام الاهلية والولاية واما
الكافر من اهل الولاية في جنسه فيكون من اهل الشهادة كالمسلم وبيان الوصف في قوله تعالى والذين
كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة على ما ذكرنا والدليل عليه انه يصح الانكاح
فيما بينهم ولا نكاح الا بولي وفي حق الاكثرين والمسلم اذا خطب الى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه
جاز النكاح فاذا ثبتت الاهلية للولاية ثبتت الاهلية للشهادة لان في الشهادة نوع ولاية ولهذا
تبين ان الولاية قد ثبتت للكافر في جنسه ولا تثبت للعبد فلم يلزم من عدم اهلية العبد في الشهادة
عدم اهلية الكافر فيها واما قوله لو قبلنا شهادته لاوجبنا على القاضي القضاء بقول الكافر فقلنا
ليس كذلك لان القاضي انما يلزمه القضاء بتقلده عند قيام الحجة وباعتبار انه التزم اداء امانة
القضاء لا ان يكون الوجوب بقول الكافر بل يلزمه اداء امانة اداء القضاء لتحمله كما يلزمه النظر للغائب
والصغير لا بايجاب من قبلهما بل بامانة تحملها اليه هذا كله اشار في المبسوط والاسرار والايضاح ولانه
لا ولاية له اي لان الشان انه لا ولاية للذمي بالاضافة اليه اي بالنسبة الى المسلم هذا احتراز عن الاضافة
الى الكافر فان للكافر ولاية بالنسبة الى الكافر الاخر على ما ذكرنا ولانه يتقول عليه اي ولان الذمي يتهم
على المسلم لانه يغيظه قهره اياه اي لان الشان هو ان يغيظ الذمي قهر المسلم الذمي والملل الكفر
وان اختلفت فلا قهر الى اخره هذا جواب اشكال يرد على الاصل المسئلة وهو قوله وتقبل شهادة
اهل الذمة بعضهم على البعض وان اختلفت مللهم بان يقول قائل ما المعاداة ظاهرة بين اليهود والنصارى
وهم يتحققون في ذلك قال الله تعالى وقالت اليهود ليست النصارى على شيء وقالت النصارى ليست اليهود على

شيء فيجب ان لا تقبل شهادة اهل ملة على اهل ملة اخرى كما هو مذهب ابن ابي ليلى فاجاب عنه بهذا الذي
ذكره في الكتاب وذكر في المبسوط جواب هذا وقال ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقون وهو
دعواهم الولد لله تعالى والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقون وهو انكارهم نبوة عيسى عليه الصلوة
والسلام والفريقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقون وهو انكارهم التوحيد ظاهرا ودعواهم الهين
شهادة بعضهم على البعض كشهادة المسلمين على الكفار ولئن كان بعضهم يعادي البعض بسبب باطل
فلم يظهر بعضهم مقهورا بعض لتحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار فقد صاروا مقهورين من جهة
المسلمين وذلك يحملهم على التقول عليهم فلاجل ذلك لا تقبل شهادتهم على المسلمين ولا تقبل شهادة الحربي
على الذمي وانما اراد به المستأمن وانما قيد بهذا لعدم تصور شهادة الكافر الحربي على الذمي لما ان الشهادة
انما يكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الاسلام ولو دخل الحربي دار الاسلام بغير استئمان
يؤخذ قهرا ويسترق فتكون شهادته حينئذ شهادة عبد على احد فكيف تقبل على الذمي لانه من اهل دارنا
اي ولان الذمي وهو اعلى منه اي الذمي اعلى من المستأمن اي اقرب الى اهل الاسلام لانه قبل ما هو خلف
الاسلام وهو الجزية ولان المسلم يقتل بالذمي قصاصا ولا يقتل المسلم بالمستأمن وقوله بخلاف الذمي
متصل بقوله وان كانا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية اي ولاية الشهادة
اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا من منعات مختلفة لانهم صاروا من اهل دارنا حتى لا يمكنون
من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا بمنزلة المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على اهل الذمة
كلهم وان كانوا من منعات مختلفة فكذا شهادة بعضهم على البعض لما ان دار الاسلام لا تختلف باعتبار
المنعة بخلاف المستأمنين حيث لا تقبل شهادة بعضهم على البعض اذا كانوا من اهل دارين كالروم والترك
ان الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث بخلاف دار الاسلام فانها دار حكم
فباختلاف المنعة لا تختلف الدار واما دار الحرب فليست بدار احكام فباختلاف المنعة تختلف الدار
والى هذا اشار في المبسوط في باب الشهادة على الشهادة والرجل يجتنب الكبائر اي كلها وقد ذكرنا
تفسير الكبائر وان الم بمعصية اي اذنب بمعصية صغيرة مشتق من اللمم وهو ما دون الفاحشة
من صغار الذنوب وذكر في الذخيرة والحاصل ان ارتكاب الكبيرة يوجب زوال العدالة وارتكاب الصغيرة
لا يوجب زوال العدالة لان ارتكاب الكبيرة يدل على شهادة الزور لان حرمة ما ارتكب من الكبيرة كحرمة
شهادة الزور فاذا ارتكب كبيرة تدل على شهادة الزور لان حرمة ما ارتكب من الكبيرة كحرمة شهادة الزور
فاذا ارتكب كبيرة مع اعتقاده حرمتها يتهم انه يرتكب شهادة الزور ايضا قياسا واستدلالا لانها مثلها
ارتكاب الصغيرة لا يدل على شهادة الزور لان شهادة الزور كبيرة والانسان قد يجتنب من الكبائر
ولا يجتنب من الصغائر فارتكاب الصغائر لا يدل على شهادة الزور فلا يوجب زوال العدالة ولا يكون جرحا
الا ان يصر على ذلك لان الصغيرة تصير كبيرة بالاصرار على ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه
قال لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وحكي عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله
انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر ولا يخلون عن اتيان ما هو مادون الشرع به في الشرع فيعتبر
في ذلك الغالب يريد به في حق الصغائر وان كان غالب احواله انه يأتي بما هو مادون به في الشرع ويحترز
عما لا يحل في الشرع من الصغائر كان جائز الشهادة بعد ان يحترز عن كل الكبائر وان كان غالب
احواله انه لا يحترز عن الصغائر لا يكون جائز الشهادة والاقلف الذي لم يختتن خصاه نزع خصيتيه
خصيه خصاء فهو فعال والمفعول خصي على فعيل والجمع خصيان كذا في المغرب وقوله وتقبل شهادة
الاقلف لانه لا يخل بالعدالة لان العادل لا يسعدم بترك الختان اذا كان ترك الختان لعذر وقيل العذر
في ذلك الكبر وخوف الهلاك ثم لا بد من معرفة وقت الختان ولم يقدر ابو حنيفة رحمه الله تقديرا لانه
لم يرد فيه قران ولم ترد به سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة
المقادير السماع فلذلك لم يقدر فيه تقديرا والمتأخرون من مشايخنا رحمهم الله اختلفوا فيه بعضهم
قالوا من سبع سنين الى عشر سنين وبعضهم قالوا اليوم السابع من ولادته او بعد السابع بعد ان يحتمل
الصبي ولا يهلك لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع او بعد السابع والله
اعلم واما الخصي فقد اختلف العلماء فيها بعضهم قالوا انه ذو نصيبه وقال العلماء رحمهم الله انه سنة

قال رسول الله عليه الصلوة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله كانت النساء تختتن في زمن اصحاب النبي عليه الصلوة والسلام وانما كان ذلك لانها تكون الذ للرجال عند المواقعة كذا في الذخيرة وادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله وشهادة الخنثى جائزة وذكر في الخزانة والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل لا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة يقبل لان نفس العمل الذي يفسق انما الفسق هو الظلم فان العامل اذا كان العادل عدلا يستحق ثوابا عظيما على ما روي عن رسول الله عليه الصلوة والسلام انه قال سبعة يظلهم الله تعالى يوم لا ظل الا ظله وذكر فيهم اماما مقسطا والاولى ان الكبراء من الصحابة رضي الله عنهم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم كانوا عمالا ولو كان نفس العمل جرحا وفسقا لتنزهوا عن ذلك كذا في الذخيرة وذكر الامام قاضي خان رحمه الله اراد به عامل السلطان الذي يعين السلطان في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكوة السوائم ونحوه اما الذي يعينه على اخذ الحرام لا يقبل شهادته ثم قال وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من لا يقبل شهادة هولاء وانما اورد هذه المسألة ردا لقول ذلك القائل لان كسبهم اطيب الكسب على ما جاء في الحديث افضل الناس عند الله تعالى من ياكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحا وفي الفوائد الظهيرية وذكر الصدر الشهيد رحمه الله ان شهادة الرئيس والجابي في السكة الذي ياخذ الدراهم والصراف الذي يجمع الدراهم عنده وياخذها طوعا لا يقبل شهادتهم وذكر الامام البزدوي رحمه الله في باب الضمان من الجامع الصغير ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من الجهة التي ياخذ باطلا فعلى هذا ينبغي ان يقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا في كلامه من العمال لا يقبل شهادته وقد ذكرناه واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز ههنا خمس مسائل الغريمان لهما على الميت دين والغريمان للميت عليهما دين والموصى لهما والموصى لهما والوارثان يشهد كل فريق ان الميت اوصى لهذا وهو يطلب ذلك جازت الشهادة استحسانا وفي القياس لا يقبل وان انكر الوصي ذلك لم يجز قياسا واستحسانا وجه القياس انه شهادة للشاهد اي ان شهادة هذا الشاهد شهادة لنفسه لعود منفعة هذه الشهادة لنفسه وهو استحقاق الميراث ونصب من يقوم باحياء حقوقه فكانت هذه الشهادة شهادة لمتهم فلا يقبل لقوله عليه الصلوة والسلام لا شهادة لمتهم وكالقياس على ما شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة وادعى الوكيل او انكر لم يجز شهادتهما وجه الاستحسان ان هذه الشهادة ليست شهادة على الحقيقة حتى لا يقبل بالتهمة لان الشهادة الحقيقية هي التي توجب على القاضي من الحكم ما لم يكن واجبا عليه وهذه الشهادة ليست كذلك فان القاضي كان يملك نصب الوصي اذا كان الموت ظاهرا وقال الميت من غير شهادة كيلا يضيع ماله فعند قيام الشهادة اولى لان من زعم الشهود ان هذا الرجل مختار الميت ومن ينصبه القاضي ليس مختار الميت ثم لما جاز للقاضي نصب الوصي مع انه ليس مختار الميت لان يكون في ذلك اذا كان مختار الميت اولى بخلاف مسألة الوكالة فان ثمة ليس للقاضي ان ينصب عن الغائب خصما من غير شهادة فلا يكون له ذلك ايضا بشهادة الشهود اذا مكنت التهمة فيها وقد ذكرنا ان الشهادة اذا كانت شهادة على الحقيقة لا يقبل عند التهمة وهناك كذلك ان هذه الشهادة يلزم على القاضي ما لم يكن لازما قبل الشهادة فترد عند التهمة فان قلت هذا ينتقض بالوصيين فانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا اخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة يجب ان يكون كذلك عند اداء الشهادة اذا مكنت التهمة فيها ومع ذلك يتمكن القاضي من القضاء بشهادة الوصيين على ان الميت اوصى الى هذا الثالث معهما ان هذه احدى صور المسائل الخمس قلت القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الوصي لهما حق يشهدا بذلك كان من زعمهما انه لا بد من ثالث في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك يقبل الشهادة فكذا هنا والى هذا اشار الامام المحبوبي وعن هذا صار كالقرعة يعني ان القرعة ليست بحجة ومع هذا يجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت القرعة دافعة للتهمة لا موجبة فكذا هاهنا الشهادة ترفع عن القاضي مونة التعيين لا ان يوجب شيئا على القاضي وهو لم يكن عليه والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا الى اخره هذا اهر حوا

الاشكال

الاشكال الذي ذكرناه وجوابه مقررا فيكون الشهادة هو الموجبة فترد بالتهمة كما قلنا انه شهادة للشاهد نفسه وفي الغريمين للميت عليهما دين يقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا اي ليس للقاضي نصب الوصي في هذه الصور عند عدم ظهور موت الموصي وانعدام الشهادة ولذا شهادة مكنت فيها التهمة الا في الغريمين للميت عليهما دين فان شهادتهما تقبل على الموت والوصية اذ ليس في هذه الشهادة تهمة فانه ضررهما في ذلك الزمن نفعهما فكانت شهادة على انفسهما وشهادة الانسان على نفسه مقبولة ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك فانه يستفاد من قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح قلنا يمكن ان يقال لا يسمع ولكن يحكم بعدله وهنا لا يسمع الجرح المجرد ولا يحكم بان الشهود فسقة فكما تصور الانفكاك في الجملة اورده للتاكيد فقوله ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح اي جرح مفرد ومجرد والمعنى من الجرح المفرد او المجرد هو ان يطعن المدعى عليه والشهود يطعن لا يدخل تحت حكم القاضي كقولهم انهم فسقة واما الجرح الذي هو غير مجرد هو ان يكون مقرونا بحق من حقوق الله تعالى بان اقام المدعى عليه البينة ان الشهود زنوا او شربوا الخمر كان مقصوده اقامة الحد وهو مما يدخل تحت الحكم او هو يكون مقرونا بحق من حقوق العباد نحو ان قال صالحت هولاء الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا على بهذه الشهادة ودفعت المال اليهم ولم يفوا بما شرطوا فاني اطالبهم بما دفعت اليهم فتقبل هذا الجرح لان فيه ايجاب رد المال وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي بهذه الشهادة ولكن لم ادفع المال اليهم لا يقبل وكذا لو قال استاجرهم المدعي بكذا من المال على ان يشهدوا لا يقبل ايضا لانه يدعي المال لغيره النفع وليس له ولاية دعوى المال لغيره فكان جرحا مجردا فلا يقبل وذكر الخصاف رحمه الله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة ولذلك تاويلان احدهما ان يقيم البينة على اقرار المدعي بذلك لانه ليس فيه اظهار الفاحشة بل هو حكاية اظهار الفاحشة او كان شهود الجرح يصلحون للتزكية فيصير ذلك بمنزلة شهادة شاهد زكاه نفر وجرحه نفر فكان للجرح اولى والى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه الله وبسط هذا فيما ذكره في الذخيرة فقال اعلم ان المسألة على وجهين اما ان اقام البينة على جرح مجرد ليس فيه ايجاب حق من حقوق العباد ولا اثبات حق من حقوق الشرع نحو ان اقام المدعى عليه البينة ان شهود المدعي فسقة او زناة او اكلة ربا او شاربو الخمر او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور في هذه الوجوه لا يقبل الشهادة واما ان اقام على جرح فيه ايجاب حق من حقوق العباد او ايجاب حق من حقوق الشرع نحو ان اقام بينة انهم زنوا او انهم شربوا الخمر او انهم سرقوا مني او انهم شركاء في المشهود به او انهم صالحوني على كذا من المال على ان لا يشهدوا علي ودفعت ذلك اليهم او انهم عبيد او محدودون في قذف او على اقرار المدعي انه استاجرهم على هذه الشهادة او على اقرارهم انهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر فقبلت شهادتهم وانما لم يقبل الشهادة على الجرح المجرد عندنا لوجوه ثلاثة احدها انها قامت على ابطال شهادة المدعي ونفيها والشهادة على النفي باطلة لان الشهادة صارت حجة بخلاف القياس في الاثبات قال عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر جعل البينة حجة المدعي والمدعي مثبت والشرع الوارد جعلها حجة في الاثبات لا يكون واردا في النفي اما لان النفي ضد الاثبات او لان النفي ثابت بعدم دليل اما الاثبات لا بد له من دليل وهذا الخلاف ما لو اقام بينة ان شهود المدعي محدودون في قذف لان هذه شهادة قامت على اثبات قضاء القاضي بحق الشرع او حق العباد وبخلاف ما لو اقام بينة ان شهود المدعي عبيد لانه قامت على اثبات حق العبد وهو رق الشهود وهو الوجه الثاني وعليه الاعتماد ان الشاهد بالجرح على الجرح المجرد صار فاسقا لانه الحق بها عليها الوعيد الشديد في الدنيا والاخرة بنص القران لانه اظهر الفاحشة من غير ضرورة واظهار الفاحشة من غير ضرورة حرام بالنص قال الله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة ولهذا قال مشايخنا رحمهم الله يسئل المزكي اذا عرف الشاهد فاسقا ان لا يصرح بفسقه ولكن يقول الله اعلم بحاله ولا ادري اهو عدل ام لا فان قيل اليس روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال اذكروا الفاجر بما فيه قلنا هو محمول اذا كان ضرره يتعدى الى غيره ولا يمكن دفع الضرر عنه الا بعد الاعلام فان قيل في اظهار الفاحشة هنا ضرورة وهي ضرورة دفع الخصومة عن المدعى عليه فصار كما لو اقام بينة على جرح يدخل تحت حكم الحاكم قلنا لا ضرورة لان الخصومة تندفع بان يقول ذلك للمدعي او للقاضي سرا ولا يظهر ذلك في مجلس الحكم بخلاف ما اذا شهدوا انهم زنوا او صنعوا

أو شربوا الخمر أو سرقوا مني لأن في إظهار الفاحشة ضرورة وهي ضرورة إقامة الحد على الشهود وبخلاف ما إذا شهدوا أنهم شركاء في المشهود به لأنه ليس فيه إظهار الفاحشة فيثبت المشهود به وصار الثابت بالبينة كالثابت عيانا وبخلاف ما إذا شهدوا أنهم محدودون في القذف لأنه ليس فيه إظهار الفاحشة من جهة الشاهد وإنما حكى إظهار الفاحشة من غيره وهو شهود القذف أو القاضي والحاكي لإظهار الفاحشة من غيره لا يكون مظهرا للفاحشة ولم يصيروا فساقا فيثبت المشهود به بخلاف ما إذا شهدوا على إقرار المدعي بفسقهم أو ما شاكله لأنهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة وإنما حكوا إظهار الفاحشة من غيره وهو المدعي فيثبت المشهود به وبخلاف ما إذا أقام المدعى عليه البينة أني صالحتهم على كذا ودفعته إليهم حيث قبلت البينة وإن كان فيه إظهار الفاحشة لأن فيه ضرورة ليصل إلى المال والثالث أن الكل إنما تقبل الشهادة على ما يدخل تحت الإلزام لأن قبول الشهادة للقضاء والقضاء إلزام وإلزام الجرح المجرد ليس في وسع القاضي لأن المقضي عليه وهو الشاهد يدفع الجرح المجرد بالتوبة ثم إذا أقام المدعى عليه بينة أن الشهود محدودون في قذف فالقاضي يسأل الشهود من حدهم لأن إقامة حد القذف إن حصل من السلطان أو من نائبه يبطل شهادته وإن حصل من الرعايا لا يبطل شهادته إذا لم يكن بإذن الإمام فلا بد من السؤال عن ذلك وقوله إلا إذا شهدوا أي شهود المدعى عليه على إقرار المدعي بذلك أي يكون شهودي أي المدعي أقر بأن شهودي فسقة حينئذ تقبل شهادة شهود المدعى عليه لأن ذلك يكون في المعنى بأن المدعي أقر بأنه لا حق له على المدعى عليه فالمرء مؤاخذ بزعمه والاستئجار وإن كان أمرا زائدا هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال إن قول المدعى عليه إن المدعي استأجر الشهود ليس بجرح مجرد بل فيه إثبات أمر زائد وهو استئجار المدعي وهو إثبات حق المدعي فيدخل في ضمنه الجرح قلنا نعم كذلك إلا أن المدعى عليه ليس بنائب عن المدعي في إثبات هذا الحق له بل هو أجنبي عنه فبقي جرحا مجردا **فإن قيل** ينبغي أن تقبل شهادة شهود المدعى عليه في هذه الصورة من وجه آخر وإن كان جرحا مجردا بأن يجعل شهود المدعى عليه مزكين لشهود المدعي فشهادة الجارح مقبولة في التزكية وإن كان جرحا مجردا بأن يجعل شهود المدعى عليه مزكين حتى إن الشاهدين لو شهدا على العدالة وشاهدين على الجرح فالجرح أولى **قلنا** شهود المدعى عليه لما شهدوا بأن شهود المدعي أجراء في الشهادة كانوا قائلين بأنهم شهود زور وهو نسبة إلى الفسق فوجب عليهم التعزير فلم يصيروا معدلين والمعدل في زماننا يعلم القاضي في السر بفسق الشهود احترازا عن إشاعة الفاحشة وتباعدا عن التعادي بينهم وقد ذكرناه في مسائل التزكية ولو شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فإن كان عدلا إن كانت عدالته ظاهرة عند القاضي وإن لم يكن فيسأل عنه فعدل عنه أنه عدل جازت شهادته كذا في الجامع الصغير البرهاني أو بزيادة كانت باطلة والجملة الفعلية التي هي كانت باطلة وقعت صفة للنكرة التي هي زيادة ولكن الشهادة مقبولة فيقبل إذا تدارك في أوانه وأوانه قبل البراح من مكانه بخلاف ما قام من المجلس ثم عاد وقال أوهمت حيث لا يقبل منه ذلك لجواز أنه غره المدعي أو المدعى عليه بالحطام حطام الدنيا وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود بأن ذكر الحائط الغربي في مكان الحائط الشرقي أو على العكس أو في بعض النسب بأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلا أي تقبل شهادته إذا تدارك في مجلسه ولا تقبل بعدما قام من مجلسه وهذا إذا كان موضع تهمة أي اعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس واعتبار اختلاف المجلس في وجود التلبيس فيما إذا كان الموضع موضع شبهة التلبيس بأن يزيد في قدر المال الذي شهد به أو ينقص من قدر المال الذي كان شهد به فلو زاد عليه يوهم أن ذلك كان بغرور من المدعي والنقص من قدر المال الذي كان شهد به فلو زاد عليه يوهم أن ذلك كان بغرور من المدعى عليه فحينئذ لا تقبل شهادته زيادته أو نقصه بعدما قام عن المجلس لأن ذلك موضع شبهة التلبيس على ما قلنا من توهم غرور المدعي أو المدعى عليه وأما إذا لم يكن تداركه في شهادته فيما لا احتمال الغرور من جانب المدعي والمدعى عليه أصلا بأن تدارك شهادته وإن قام عن المجلس مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك بأن يترك ذكر اسم المدعي أو المدعى عليه أو ترك الإشارة إلى المدعي أو إلى المدعى عليه **فإن قلت** فيما يقبل منه التدارك من الشاهد سواء كان عند اتحاد المجلس أو بعد اختلافه ففي أي وقت فرض صورة المسألة قبل

القضا

القضاء بتلك الشهادة التي وقع الغلط فيها أم بعد القضاء **قلت** أما في حق ترك لفظة الشهادة فمقصور أن يكون بعد القضاء إذ من شرط القضاء أن يشهد الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون شرطه ولو وقع القضاء مع ذلك لا يكون قضاء لأن قضاءه عند شهادة الشهود مبني على شهادتهم فإذا لم يكن شهادتهم شهادة لا يكون قضاؤه قضاء أيضا وأما في موضع شبهة التلبيس وهو موضع زيادة ونقصان ففي الذخيرة وفي الجامع الصغير للمحبوبي رحمه الله دليل على أن لا تفاوت في ذلك التدارك بعد قضاء القاضي أو قبله وقال فيما روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله إذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء أو بعده وقالا أوهمنا وهما عدلان غير متهمين قبل ذلك منهما وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم جاء بعد ذلك بيوم وقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فإن كان القاضي يعرفه بالصلاح قبل شهادته فيما بقي وإذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة فإن كان يعرفه بالصلاح والذي قال رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من المال غلطت في ذلك ونسيت فهو مثل قوله قد شككت وذكر في المغني وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله إذا شهد الشهود بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم إن الشهود قالوا لا ندري لمن البناء فإني لا أضمنهم قيمة البناء كأنهم قالوا قد شككنا في شهادتنا وإن قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه كذا في المغني فعلم بهذا أن الشهود في قولهم شككنا لا يختلف الحكم بين أن يكون ذلك قبل القضاء أو بعده فإنه يقبل هذا القول منهم إذا كانوا عدولا وقال الإمام المحبوبي رحمه الله في قوله أوهمت بعض شهادتي لم يبين في الكتاب أنه يجوز شهادته فيما شهد أو فيما بقي قال بعضهم يقضى بجميع ما شهد لأن المشهود له استحق على القاضي القضاء للمشهود بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وقال بعضهم يقضى بما بقي حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت بل هو خمسمائة يقضى على المشهود عليه بخمسمائة لأن الحادث بعد الشهادة قبل القضاء كالمقرون بأصل الشهادة وإليه مال الإمام شيخ الإسلام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وعن أبي يوسف وأبي حنيفة رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس أي في جميع المسائل والظاهر ما ذكرناه وهو أن في قوله أوهمت بعض شهادتي يقبل إذا كان في المجلس ولم يبرح بعد ولم يقبل في ذلك بعدما قام عن المجلس في موضع شبهة التلبيس وأما في غير موضع شبهة التلبيس يقبل قول الشاهد في جميع الأوقات بأن قال غلطت في ترك لفظ الشهادة مثلا والله أعلم

باب الاختلاف في الشهادة

لما ذكر مسائل الاتفاق في هذا الباب ذكره مسائل الاختلاف فيها لأن الأصل هو الاتفاق إذ هو نتيجة الأصول والقضاء بالحجة والأصل فيهما الاتحاد لأن الاختلاف إنما ينشأ بعارض الجهل والكذب وكل عارض منهما خصوصا في حق العدول من الشهود لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط هذا احتراز عن حقوق الله تعالى فإن لقبول الشهادة في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى ليس بشرط لأن رعاية حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصما في إثباتها فصار كأن الدعوى موجودة فيها وأما في حقوق العباد فلسماع الشهادة تقدم الدعوى عند القاضي شرط لأن القاضي إنما نصب لفصل الخصومات من الخصومات وهي الدعوى وفصلها بعد ذلك يفتقر إلى أحد شيئين وهما الشهادة واليمين فكانت الشهادة مستدعية لسبق الدعوى من هذا الوجه وإن تقدمت فيما خالفها أي الدعوى فيما خالفها لأن الشهادة لأجل تصديق الدعوى فإذا خالفها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة بوجودها كعدمها ثم إنما اعتبرنا صدق الشاهد لا صدق المدعي حتى أفسدنا دعوى المدعي لمخالفة الشهادة لأن الأصل في الشهود العدول خصوصا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعي لصحة الدعوى أي لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالأصل وذكر في الذخيرة ثم كما تشترط الموافقة بين الدعوى والشهادة تشترط بين الشاهدين أيضا لأن القضاء إنما يجوز بالحجة والحجة شهادة المثنى وبدون الحجة لا ينتظم الحكم وإذا ثبت أن الموافقة شرط كانت المخالفة مانعة القبول فبعد ذلك نقول إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ بدون المخالفة في المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لأن نفس اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فإذا وجدت الموافقة لا تضر المخالفة فيما سواها فإذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة الكتاب فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أي في الدين أما إذا كان في البيع أو في الكتابة والدعوى من العبد فلا يقبل فيه أصلا بالاتفاق على ما نذكره ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما

اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى الا ترى ان قولك رايت عمر قولك رايت زيد وكذلك نصر وناصر وكذلك في الالف والالفين واذا ثبت التغاير كان على كل واحد من الامرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضي من القضا بشي بخلاف مع الالف وخمسماية فانهما اسمان احدهما معطوف على الاخر فيحصل الاتفاق بينهما على الالف لفظا ومعنى **فان قيل** كما ان الموافقة بين الشاهدين شرط صحة القضا فكذلك الموافقة بين الدعوى والشهادة ايضا شرط صحة القضا لما ذكر في الكتاب ان الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل ثم لو كان مثل هذا من الالف والالفين بين الدعوى والشهادة تقبل ويصح الدعوى ذكره في طلاق المبسوط وقال لو ادعى المدعي الفين وشهد شاهدان بالف تقبل الشهادة بالاتفاق على ما عرف ذكره عند ابي حنيفة رحمه الله **قلنا** ولو قال لو ادعى المدعي الفين جوابه هو ان الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط حسب اتفاقه بين الشاهدين فان الموافقة بين الشاهدين في لفظ من كل وجه الا ترى انه قال لو ادعى الغصب او القتل وشهد شاهدان بالاقرار به تقبل ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والاخر على الاقرار بالغصب لم تقبل وهذا لان الشهادة تعتمد التلفظ الا ترى انها لا تقبل ما لم يقل اشهد والذي يبطل مذهبهما انه لو شهد شاهدان بطلقة وشاهدان بثلاث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو اعتبر ما قالا لان الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولان مدعي الاثنين والثلاث لا يكون معترفا بالواحد ولو كان معترفا بالواحد لكان مرتدا بالترك بعد ذلك فينبغي ان تقبل ولا يلزم اذا قال لها وجها طلقي نفسك ثلاثا فقالت طلقت واحدة كان ذلك منها جوابا حتى وقعت واحدة لانا نقول ان الزوج لما فوض الثلاث صح منه ذلك وصار الثلاث في يدها فصار ابعاضه في يدها ضرورة لمن ملك عددا ملك بعده وحله ولا يلزم ان الرجل اذا طلق امراته الفا فان الثلاث يقع لانا نقول ان الرجل تكلم بالطلاق عن ملك لا عن امر من حيث انه ملك التطليق حتى بالكلية فيملك ما شاء من العدد الا انه لا يسقط الا بعدد المحل الى هذا اشار في طلاق المبسوط والاسرار واما قولهما انهما اتفقا على الالف وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه فاما اذا لم يثبت الالفان وهو المتضمن لا يثبت ما في ضمنه لان شرط ثبوت المتضمن موافقة صاحبه فصار كما لو شهد احدهما انه قال لها انت خلية وشهد الاخر انه قال لها انت برية تعني لما كان لفظين متغايرين لما قلنا اعتبر التغاير وان كان موجبهما واحدا ثم اعلم ان هذا كله فيما اذا لم يدع المدعي عقدا فاما اذا كان في دعوى العقد فهو ثمان مسايل البيع والاجارة والكتابة والرهن والعتق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والنكاح اما في البيع اذا شهد احدهما انه اشترى عبد فلان بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بالف وخمسماية وسوا وجد الدعوى من البايع او من المشتري لان دعوى الشرا قبل التسليم دعوى العقد والعقد بالف غير العقد بالف وخمسماية فاذا لم يتفقا على الثمن لم يثبت احد العقدين وحكم هذا كله مشروحا في هذا الكتاب الى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه الله **فان قلت** يشكل على قولهما وهو انهما يقبلان الشهادة على الاول اذا اختلف الشاهدان سوا كان ذلك في الديون او في الطلاق يشكل ما ذكر في الدعوى فقال ولو شهد ثلاثة شهد احدهما بطلقة واحدة وشهد الاخر بطلقتين وشهد الشاهد بثلاث تطليقات وقد دخل بها فهي طالق ثلاثا **قلت** وجهه ايضا مما ذكره هو ان الشاهد بالثلاث والشاهد بالطلقتين اتفقا على الطلقتين فيقضى بوقوع ما اتفقا عليه فيقع طلقتان بقي الشاهد بالثلاث شاهدا بطلقة اخرى وقد انضم الى شهادته الذي شهد او لا بطلقة فيقع هذه التطليقة ايضا فيقع ثلاث تطليقات لهذا وان لم يدخل بها يقع طلقة لانا لما قضينا بوقوع التطليقتين فقد بانت منه فلا يتصور وقوع تطليقة اخرى بعد ذلك **قوله** رحمه الله بل هما جملتان متباينتان اي جملتان متباينتان احدهما لفظ الالف والاخرى لفظ الالفين وكذلك فيما بعد وهو قوله لان الالف والخمسماية جملتان عطف احدهما مثلا على كر حنطة والاخر على كر شعير لا يعد اختلافا اما اذا شهد شاهدان بالف درهم الا ان احدهما قال انه سود وقال الاخر بيض والمدعي يدعي البيض تقبل على السود فان المدعي يدعي السود لا يقبل شهادتهما لاختلافهما لانه ادعى اقل المالين فصار مكذبا الشاهد الذي شهد بالبيض فلا يقبل شهادته الا ان يوفق المدعي فيقول كان لي عليه بعض الالف

اراده

ارائه عن صفة الجودة وعلم به ذلك الشاهد ولم يعلم هذا الشاهد بجيد فتقبل شهادتهما على السود وان كان يدعي البيض تقبل شهادتهما على السود لانهما اتفقا على الاول لفظا ومعنى وكذلك في جميع المواضع في الجنس الواحد واما اذا اختلف الجنس كما في الحنطة والشعير فلا يقبل شهادتهما كذا في الذخيرة ونظيره الطلقة والطلقة والنصف اي شهد احد الشاهدين بالطلقة والاخر بالطلقة والنصف تقبل شهادتهما على الطلقة لاتفاقهما عليها بخلاف العشرة والخمسة عشر اي ادعى المدعي على رجل خمسة عشر درهما فاقام شاهدين فشهد احدهما بخمسة عشر والاخر بعشرة حيث لا يقضى بشي في قول ابي حنيفة رحمه الله فرق بين هذا وبين ما اذا شهد احدهما بالالف وشهد الاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الفا وخمسماية حيث قبلت الشهادة على الالف بالاتفاق لان عند ابي حنيفة رحمه الله الموافقة من حيث اللفظ شرط بين الشهادتين ولم يوجد لان خمسة عشر يذكر من غير حرف العطف فكانت كلمة واحدة وهي غير العشرة فلم يوجد الموافقة فكان نظير الالف والالفين اما الف وخمسماية يذكر بحرف العطف فكانتا كلمتين وقد وجدت الموافقة في كلمة واحدة كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف يعني ان المدعي اذا كان ادعى اقل المالين عند شهادة احد الشاهدين بالالف والاخر بالف وخمسماية لا يقضي القاضي بشي اصلا لان المدعي قد كذب الشاهد الذي شهد بالف وخمسماية وتكذيب الشاهد تفسيق فكان مبطلا شهادته فبقي شاهد واحد ولا يقبل ولا يقضي القاضي به لانفراده **فان قلت** المدعي لم يكذب الشاهد الذي شهد بالف وخمسماية في جميع ما شهد بل كذبه في بعضه وهو الخمسماية فلم لا يقضي القاضي بالباقي كما في تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر حيث يقضي القاضي على المقر بما بقي بعد التكذيب **قلت** الفرق بينهما هو ما ذكرنا ان المدعي كذبه في بعض ما شهد به وتكذيب الشاهد تفسيق وشهادة الفاسق لا تقبل فكان تفسيقه مبطلا شهادته وكذلك في الاقرار كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به وهو ايضا تفسيق له الا ان فسق المقر لا يمنع صحة اقراره فلذلك صح اقراره فيما بقي وكذلك اذا سكت اي سكت عن قوله لم يكن لي الا الالف وعن ذكر التوفيق اي لم يقل هذين الوجهين بل ادعى الالف لا غير والمسالة بحالها حيث شهد احد الشاهدين بالالف والاخر بالف وخمسماية لا يقضي القاضي للمدعي بشي كما لو قال لم يكن لي عليه شي من الابتدا الا الالف لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا يقبل شهادتهما من غير ذكر التوفيق وقد ذكرنا ثم قيل ان فيما يحتمل التوفيق الاصح ان يذكر التوفيق صريحا ولا يكتفي بالاحتمال وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله هذا الذي ذكره في السكوت جواب الاستحسان واما جواب القياس فانه يقبل لامكان التوفيق فكان حاصل احوال مدعي اقل المالين عند اختلاف الشاهدين لا يخلو عن ثلاثة اوجه بالقسمة العقلية اما ان يكذب من شهد له بالزيادة بان يقول لم يكن لي عليه من الابتدا الا الالف او يوفق بان قال كان لي عليه الف وخمسماية الا اني استوفيت منه خمسماية او ابراته عنها او سكت عن ذكر هذين الوجهين بل يدعي الالف لا غير وجواب كلها مذكور لاتفاقهما عليه اي على وجوب الالف على المدعى عليه لانهما شهدا بالالف للمدعي على المدعى عليه **فان قيل** ينبغي ان لا تقبل لان احد الشاهدين يقول له قضاه خمسماية صار مناقضا لشهادته اولا بان للمدعي على المدعى عليه الفا لانه اذا قضاه خمسماية لا يكون على المدعى عليه الف بل يكون له خمسماية لا غير **قلنا** لا يكون متناقضا لان طريق الدين المقاصة فبطريق قضا الخمسماية لا يسقط وجوب الالف لانه اذا قضى المديون خمسماية يجب للمديون على رب الدين خمسماية باعتبار القبض لان هذا الذي قبضه عين والذي كان له على مديونه دين والعين غير الدين فلا يقضى به فكان الالف على المديون باقيا على حاله لكن القبض بطريق التملك يوجب الضمان فيطل لذلك مطالبة رب الدين مديونه عن الخمسماية لعدم الفايدة لانه لو طالبه بالخمسماية يطالبه المديون ايضا بما قضاه وهو الخمسماية فوقعت المقاصة فيما وجب على المديون بما وجب على رب الدين في حق تلك الخمسماية المعفو عنها ... فكان شهادتهما بالالف للمدعي نظرا الى الابتدا الوجوب صدقا لان شاهد القضا مضمون شهادته الا دين الا خمسماية لان من مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان يشهد احد الشاهدين بالالف والاخر خمسماية يقضي القاضي بخمسماية لكن لم يثبتوا فيه محمد رحمه الله في ذلك لانه لم يشهد بالخمسماية ابتدا بالاتفاق لشاهدان بوجوب الالف للمدعي على المدعى عليه وجوابه ما قلنا وهو قوله لاتفاقهما عليه

او طريق اداء الدين المقاصة ١٢

والمدعي يدعي الالف ١٢

الى اخره ولو قال قائل هذا جواب من جانب ابي يوسف ان المشهود له كذب احد شاهديه وهو الشاهد الذي
شهد بقضائه الخمسمائة فان المدعي لما ادعى الالف في الحال كان ذلك تكذيبا له وتكذيب المشهود له الشاهد
موجب للرد لان ذلك تفسيق منه اياه قلنا لم يكذبه فيما شهد له بل كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح
في شهادته بيانه ان الشاهدين اذا شهدا لانسان بما لم يشهدا عليه بمال لانسان اخر فكذبهما المشهود عليه
الذي هو مشهود له اولا يعني كذبهما فيما شهدا له وان كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه لان هذا تفسيق على الظاهر
والموجب للرد هو التفسيق بالاختيار ولذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار
فكذبهما المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتهما على الالف درهم الى هذا اشار في الجامع الصغير لقاضي
خان والفوائد الظهيرية والجامع الصغير للامام المحبوبي قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
لا يحل للشاهد الذي يعلم القضاء ان يشهد على اصل الدين لعلمه ان المدعي يدعي المال بغير حق **قوله** ره
الله وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم الى اخره والتفاوت بين مسالة الجامع الصغير
وبين المسالة التي ذكرها قبلها ففي مسالة الجامع الصغير ان احد الشاهدين شهد ثانيا بقضاء المديون كل ما
كان للمشهود له عليه وفيما قبلها شهد بالقضاء في بعض ما شهد للمشهود له فكذا هذا الكذاب في غير المشهود
الاول وهو القرض لم يوجد في حقه التكذيب وهو كله وانما يوجد التكذيب فيما عليه وهو الشهادة
بالقضاء وهو غير المشهود الاول وقد ذكرنا ان مثله لا يضر وكان هذا التكذيب من المدعي راجعا الى ما شهد
عليه وهو القضاء لا الى ما شهد له وهو القرض وحاصله ان تفسيق المدعي المشهود يوجب الرد واما
تفسيق المدعى عليه المشهود لا يوجب الرد لان من زعم المدعى عليه ان المشهود كذبه فيما شهدوا به عليه لانه
لو صدقهم لوجب الحق عليه باعترافه فحينئذ لا يحتاج الى المشهود ولو اعتبر تفسيقه ردا للشهادة لما
حكم ما ثبت بشهادة المشهود وفيه انسداد باب القضاء بالشهادة وهو مفتوح فعلم بهذا ان تكذيب
المدعى عليه المشهود لا يلزم تفسيق المشهود ولما كان لذلك كان تكذيب المدعي المشهود في القضاء انما كان
وحال كونه مدعى عليه في حق القضاء فتكذيبهم منه لا يوجب تفسيقهم لما قلنا ان تكذيب المدعى عليه
لا يوجب التفسيق **فان قيل** ينبغي ان يكون هذا التكذيب مؤثرا في حق المدعي حتى لا يثبت القرض وان لم
يكن مؤثرا في حق القضاء **قلنا** ظهور التكذيب في حق القرض مبني على ظهوره في حق القضاء وقد قلنا
انه لا يظهر في حق القضاء لما ذكرنا ان قضاء الدين ليس بمشهود به فلا يظهر في حق القرض واذا شهد شاهد
انه قتل زيدا يوم النحر بمكة الى اخره وفي الذخيرة واذا شهد احد الشاهدين على القتل والاخر على
اقرار القاتل بالقتل لا تقبل هذه الشهادة لان القتل فعل والاقرار قول والقول غير الفعل فاختلف
المشهود به وكذلك لو اتفقا في القتل واختلفا في المكان او الزمان لا تقبل الشهادة لان المشهود به
قد اختلف لان الفعل الثاني غير الفعل الاول حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لان الاول حركات
مضت والثاني حركات احدثها الله تعالى الان واما حكما فلانه لا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول
حتى يصير تكرارا للاول واعادة له لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يكون فكان الثاني فعلا اخر غير
الفعل الاول حقيقة وحكما وكذلك كل ما يكون من باب الفعل نحو الشجة وغير ذلك فاختلاف المشهود
في الانشاء والاقرار في الزمان او في المكان يمنع قبول الشهادة وكذلك اذا اختلفا في الالة التي
كان بها القتل بان شهد احدهما انه قتله بالعصا الكبير والاخر قتله بسيف لا تقبل الشهادة لان
المشهود به قد اختلف لان القتل يختلف باختلاف الالة وذكر فيها وفي المغني ايضا وكل شهادة على
فعل اختلف فيه الشاهدان في المكان فانها لا تقبل الا في مسالة واحدة ذكرها داود بن رشيد عن
محمد رحمه الله ذمي شهد عليه شاهدان شهد احدهما انه رآه يصلي في مسجد بني زاهر شهرا وشهد
اخر انه رآه يصلي في مسجد بني عامر شهرا او شهد احدهما انه رآه فصلى بالكوفة سنة وقال اخر
رايته يصلي بالشام فاني اجيز شهادتهما واجبره على الاسلام ولكن لا اقتله لان الاولى ترجحت بانضمام
القضاء فلا ينتقض بالثانية نظيره رجل معه ثوبان احدهما نجس فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع تحريه
على طهارة الاخر لا يجوز له الصلوة فيه لان الاول اتصل به حكم الشرع فلا ينتقض هو بوقوع التحري
الاخر واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع الى قوله وقالا لا يقطع هذا الخلاف
فيما اذا كان المدعي يدعي سرقة بقرة فقط فاما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء او سوداء لا تقبل شهادتهما بالاجماع

لانه

لانه كذب احد الشاهدين وكذلك الخلاف فيما شهدا انه سرق ثوبا فقال احدهما هروي والاخر مروي
فان اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل عندهم كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وقيل الاختلاف في
ثوبين يتشابهان كالسواد والحمرة واما في ثوبين لا يتشابهان كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة بالاجماع
كذا ذكره الكرخي رحمه الله والاصح ان الكل على الخلاف كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية لان امر الحد
اهم اذ امر الحد اعظم في الاثبات من الغصب لان الحد لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا يثبت بشهادة
النساء ولا يثبت باقل من الاربعة في الشهود بخلاف الغصب فلما لم يثبت الغصب بمثل هذه الشهادة مع انه
ايسر شانا من الحد فلان لا يثبت الحد بهذه الشهادة اولى وكنه ان التوفيق ممكن الى قوله واللونان
يتشابهان **فان قيل** هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرءه لا لاثباته
قلنا ان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله فصار كما اذا اختلفا في ثياب السارق
وهذا لانهما يكلفان بيان القيمة ليعلم انه هل كان نصابا فاما اللون فلا واذا لم يكن القطع مضافا
الى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات فصح الاحتيال فيه للاثبات احتيالا
للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن كذا ذكره الامام الكشاني رحمه الله واللونان يتشابهان كالحمرة
والصفرة او يجتمعان بان كان احد جانبيها اسود والجانب الاخر ابيض **فان قيل** لو كانت البقرة
على هذين اللونين يسمى تلك البقرة حينئذ بلقاء لا سوداء ولا بيضاء **قلنا** نعم ولكن في حق من يعرف اللونين
اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو عنده على ذلك اللون كذا ذكره في سرقة المبسوط وذكر فيه ايضا
وابو حنيفة رحمه الله يقول اختلفا فيما لم يكلفا نقله والتوفيق ممكن فتقبل الشهادة كما لو اختلف
شهود الزنا في الزاويتين في بيت واحد وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة لم يكلفهما القاضي
بيان ذلك وبهذا تبين انه ليس من صلب الشهادة والاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان
على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة وههنا التوفيق ممكن بان كان احد جانبيها ابيض والاخر
اسود وكذلك الوقوف على ذلك بالقرب منه اي الوقوف على صفة الذكورة والانوثة لا يكون الا
بالقرب منها وعند ذلك لا تشتبه فلا حاجة الى التوفيق كذا في المبسوط وقوله لان التحمل في
الليالي اي اكثر السرقات يكون في الليالي فكان التحمل فيها غالبا بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار
اي غالبا وكذا الوقوف على ذلك اي على وصف الذكورة والانوثة ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان
بالف وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان الشراء
بالف غير الشراء بالف وخمسمائة وكذلك البيع والكتابة اذا اختلف الشاهدان على نحو ما بينا وذكر شيخ
الاسلام علاء الدين السمرقندي في شرح الجامع في اخر الباب من الاقرار الذي يختلف فيه النطق قال السيد
الامام اذا ادعى الشراء فشهد احدهما بالشراء بالف والاخر بالشراء بالف وخمسمائة تقبل ولو اختلف الجنس بان
شهد احدهما بالشراء بالف درهم والاخر بالشراء بمائة دينار لا تقبل لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير
بالف وخمسمائة بان اشترى بالف ثم زيد في الثمن خمسمائة فقد اتفقا على الشراء الواحد اما الشراء الواحد
فلا يكون شراء بالف درهم ثم يصير شراء بمائة دينار كذا في الفوائد الظهيرية لان المقصود اثبات السبب
وهو العقد **فان قيل** لا بل المقصود الحكم وهو الملك لا السبب لما ان الاسباب لا تراعى لذاتها بل
السبب وسيلة للمقصود فكيف يكون اثبات السبب مقصودا **قلنا** الحكم مقصود في حق العمل والانتفاع
حتى اذا ثبت الحكم لا يجب السؤال عن سببه انه باي سبب ثبت هذا الحكم فان الشهادة بالملك المطلق
صحيح لما ان الملك المقصود لمباشر السبب حل الانتفاع فبعدما حصل له ذلك لا يبالي انه باي سبب حصل
ولكن لو ثبت الحكم لا بسبب معين وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حق ذلك السبب المعين فكان
اثبات ذلك السبب المعين مقصود المدعي والشاهدين حتى يثبت الحكم بناء عليه فكانت مقصودية
السبب من حيث الاصالة لان السبب هو الاصل لان الحكم في وجوده بناء عليه فلا شك في اصالة المبني عليه
للبناء الى هذا اشار في فصل الكتابة بقوله لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات
السبب فعلم بهذا ان المراد بالاصالة هو تقدم ثبوته على غيره لان الاصل هو الذي يتقدم وجوده على الفرع
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان المقصود اثبات السبب وكذلك الكتابة الى اخره وفي الجامع الصغير
لقاضي خان والكتابة بمنزلة البيع ان كانت الدعوى من العبد لانه يدعي العقد وان كانت الدعوى من المولى لا يعتد

لان العقد غير لازم في حق العبد بل هو متمكن من الفسخ بالتعجيز وفي الجامع الصغير لشمس الائمة رحمه الله لما
ما ذكر اختلاف الشاهدين في البيع فقال وكذلك كل عقد لا يجب البدل فيه الا بالتسمية كالكتابة اذا ادعاها
العبد وانكرها المولى والعتق على مال اذا ادعاه العبد وانكر المولى والخلع اذا ادعته المرأة وانكر الزوج
فاما اذا ادعى ذلك المولى او الزوج فقد ثبت العتق والطلاق باقراره وانما بقي مجرد دعوى المال وهو
يدعي الفا وخمسمائة فيقضى له عندهما بشهادتهما بالالف لاتفاق الشاهدين عليه لفظا ومعنى ولان الزوج
غير مكذب لمن شهد بالاقل بل هو مدع لذلك وزيادة عليه واذا كان الدعوى من المرأة او العبد
فالحاجة الى القضاء بالسبب وقد اختلف الشاهدان فيه وفي النكاح اذا شهد احد الشاهدين بالف
والآخر بالف وخمسمائة يقبل عندهما اما هو باطل ايضا لان الحاجة الى القضاء بالسبب سواء كان المدعي هو الزوج
او المرأة والعقد بالف غير العقد بالف وخمسمائة وعند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان المدعي يدعي النكاح
بالف وخمسمائة جازت الشهادة على الف لان التسمية تنفصل عن اصل العقد في النكاح الا ترى ان النكاح
ينعقد بالف وخمسمائة جازت الشهادة على الف لان التسمية تنفصل عن اصل العقد في النكاح الا
ترى ان النكاح ينعقد ويصح من غير تسمية البدل وان البدل يجب فيه من غير تسمية وذكر وقد اتفق
الشاهدان على اصل العقد فيقضى به مع اختلافهما في التسمية ويجعل القضاء باصل العقد كانهما
لم يذكرا شيئا من المسمى الاختلاف بينهما في المال بما اتفقا لفظا ومعنى وهو الاقل اذا ادعى المدعي الاكثر
كما في دعوى الدين **قوله** رحمه الله والحاجة ماسة الخ اي الى اثبات العقد لثبوت الطلاق
والعتاق بناء عليه وان كان الدعوى من الجانب الآخر بان قال الزوج طلقتك على الف وخمسمائة والمرأة
والمرأة تدعي الالف وكذلك مولى العبد وولي القصاص اذا ادعيا اكثر المالين لانه لا حظ له في الرهن
الشهادة عن الدعوى اي لا فائدة للراهن في هذه الدعوى ثم لان له ان يسترد الرهن قبل قضاء
الرهن فلما لم تفد الدعوى فائدة صارت كانها لا دعوى وذكر الامام المحبوبي رحمه الله في هذا
وقال وفي الرهن ان كان الراهن هو المدعي لم تقبل الشهادة لانه اقام البينة على حق غيره فان
الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن ان يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية
استرداد الرهن متى شاء فلا تقبل بينة الراهن على اثبات حق الغير وان كان المدعي هو المرتهن
فهو بمنزلة دعوى الدين اي يقضى باقل المالين اجماعا **فان قيل** الرهن لا يثبت الا بايجاب
وقبول فكان عقدا كسائر العقود فلما كان كذلك كان اختلاف الشاهدين فيه في قدر المال كان
بمنزلة اختلافهما في البيع والشراء في قدر الثمن وهناك لا يقبل شهادتهما لاستلزام تكذيب المدعي احد
الشاهدين فكذلك هاهنا لان عقد الرهن بالف وخمسمائة غير عقد الرهن بالف فيجب ان لا يقبل
دعوى الرهن وان كانت الدعوى من المرتهن **قلنا** لما كان عقد الرهن غير لازم في حق المرتهن
لما ذكرنا ان له ولاية الرد متى شاء حل عقد الرهن في حقه لعدمه فكان الاعتبار لدعوى الدين
لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فيقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون فيقضى
الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين الى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه الله وان كان بعد مضي
المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين والحكم في الدين هو ان يلزم على المدعى عليه ما اتفق عليه
الشاهدان ولا يلزم ما اختلف فيه واما قبله وقوله والمدعي هو الآجر لانه لو ادعى المستأجر
عقد الاجارة بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف
فلا حاجة فيه حينئذ الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وقوله فاما النكاح فانه يجوز بالالف
استحسانا وفي الفوائد الظهيرية وفي النكاح ان كان المدعي هو الزوج فالجواب فيه كالجواب
كالجواب في دعوى البيع وجه قولهما ان الحاجة هنا الى اثبات العقد لان ملك النكاح لا
يثبت عليها بدعوى الزوج فكانت الحاجة الى اثبات العقد وان كان المدعي هو المرأة فالجواب فيه
عند ابي حنيفة رحمه الله كالجواب في دعوى الدين وعندهما الجواب فيه كالجواب في دعوى البيع وجه
قولهما ان الحاجة هنا الى اثبات العقد لامتناع العقد باقرار المرأة وحدها والنكاح بالف غير
النكاح بالف وخمسمائة كالبيع والشراء والاجارة والعتاق بالعتق ولابي حنيفة رحمه الله ان التسمية في
النكاح لا يمنع عقد العقد ثم كمن حلف لا يتزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا بعد ذلك فهو

التسمية

التسمية فالتسمية في الصحة لا تفتقر الى انشاء العقد وانما تفتقر الى قيام العقد وقيام العقد تارة
يكون حالة الابتداء وطورا يكون حالة البقاء والبينة على العقد لا تقبل حالة البقاء لان البقاء
ثابت لعدم الدليل المزيل والشهادة على ما لم يعرف الا بالدليل المزيل لم تقبل كالشهادة على البقاء فاذا
لم يمكن اثبات البقاء بالبينة لا يشترط لقبول البينة على التسمية قبول البينة على نفس العقد ليس بشرط (والابتداء العقد)
لصحة التسمية فلم يكن قبول البينة شرطا لا ابتداء ولا بقاء لصحة القضاء بالتسمية واذا كانت
كذلك كانت البينة القائمة على التسمية والبينة القائمة على المفرد سواء بخلاف البيع لان البينة على
التسمية فاذا امتنع القبول في حق العقد امتنع القبول في حق التسمية بخلاف ما اذا كان المدعي هو
الزوج لان الحاجة فيه الى اثبات النكاح وانه لا يثبت باقرار الزوج انما يثبت متصلا بابتداء العقد
ولا يتعذر اثبات العقد ابتداء بالبينة لان العقد بالف غير العقد بالف وخمسمائة وفيما اذا كانت
المرأة هي المدعية ملك النكاح يثبت عليها النكاح باقرارها لانها هي محل اثبات ملك النكاح.
والصدر الامام الشهيد رحمه الله قال في الكتاب وفي النكاح سواء كان المدعي هو الزوج او المرأة
اذا اختلف الشاهدان في قدر المهر والمدعي يدعي بالاقل او بالاكثر يقضى بالنكاح باقل المالين عند
ابي حنيفة رحمه الله وفيه نظر والجواب فيه على التفصيل الذي ذكرنا في عامة النسخ والوجه ما
بيناه قوله يقضى بالالف اتفاقا فيما عليه **فان قيل** في هذا تكذيب المدعي لاحد الشاهدين كما في
البيع **قلنا** المال ليس بمقصود هنا لما ان النكاح يجوز بدون ذكر المال ولو لزم التكذيب انما
لزم في البيع فالتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود
فيه فالتكذيب في المقصود يوجب نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة وقيل الخلاف في الفصلين اي
خلاف ابي حنيفة مع صاحبيه في موضعين وهما ما اذا كان المدعي الزوج وما اذا كان المدعي المرأة وقوله
وهذا اصح مخالف لما ذكر ناس من رواية الفوائد الظهيرية بان هذه الشهادة لا تقبل في قولهما واما
الجواب على قول ابي حنيفة رحمه الله فعلى التفصيل ان كان المدعي هو الزوج فلا تقبل وان كان الدعوى
من قبل المرأة تقبل فصار هذا القول اصح فيها وذكر وجه الاصح فيها وقد ذكرناه واما وجه الاصح
في رواية الكتاب فما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله لما ان هذا اختلاف في العقد الى ان قال ولابي
حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والحل واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرنا
ان هذا الدليل من الطرفين لا يفرق بين ان يكون المدعي هو الزوج او المرأة

وصل

في الشهادات على الارث لما فرغ من بيان احكام شهادة تتعلق بالاحياء شرع في هذا الفصل
في بيان احكام شهادة تتعلق بالاموات اذ الموت بعد الحياة وجودا فكذا حكمه ذكرا ولا يحلف البينة
الاموات ونزلها منزلته لانه هذا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعند ابي يوسف رحمه الله ليست انه
لا يقول في الميراث باشتراط الجر والانتقال من المورث الى الوارث في قبول البينة واما ابو حنيفة ومحمد
رحمهما الله وان كان يشترطان ذكر الجر والانتقال الى الوارث في الشهادة ولم يشترطا ذلك هنا
لان المدعي اثبت لمورثه يدا في المدعى بما اقام من البينة لان يد المودع والمستعير يد المودع والمعير
فصار كانه اقام البينة انه اباه مات والدار في يديه ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة
للذاهب الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية واصله انه متى ثبت ملك المورث اي مطلقا
من غير ان يثبت انه كان ملكا وقت الموت ان ملك الوارث ملك المورث لكون الوراثة خلافة
ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا فيما كان مورثه مغرورا فيه وهما يقولان
ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة **فان قلت** فما جوابهما
عن بينة قامت للمدعي بان هذا العين كان ملكا لهذا المدعي فانه يقضي للمدعي وان لم يشهدوا انه
للمدعي في الحال وكذلك في مسالة هي اشبه لمسالتنا هذه وهي ان من ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه
من فلان الغائب واقام البينة على الشراء ولم يقم البينة على ملك البائع وانكر ذو اليد ملك البائع
فانه يحتاج الى اقامة البينة ان الملك لبائعه فاذا اقام البينة على ذلك حتى يشهد الشهود انه كان
للبائع يقضى للمشتري وان لم يشهدوا على انه كان ملكا للبائع يوم البيع لثبوته اقتضاء فيجب ان يكون الحكم
فيما كذلك لما انتقل واحد من الارث والشراء سبب للملك **قلت** انما يجيبا عن هذا ويقولان

ان يكون هذا العين ملكا للميت يوم الموت ثابت استحسانا باستصحاب الحال لا بالبينة والثابت
باستصحاب الحال حجة لابقاء ما هو ثابت لا لاثبات ما هو غير ثابت كالملك الثابت بظاهر اليد يصلح
لابقاء ما هو ثابت لا لاثبات ما هو غير ثابت كالملك الثابت بظاهر اليد يصلح لابقاء ما هو ثابت لا لاثبات
ما هو غير ثابت وهو الاخذ بالشفعة اذا انكر المشتري ملكه وكذا ههنا فالمالكية للوارث لم تكن
ثابتة وانما ثبتت للحال فكان ملكا متجددا من وجه حتى يحل لو كان صدقة ويجب الاستبراء على الوارث
ان كانت جارية فباعتبار التجدد من وجه يجب القضاء بالبينة فباعتبار الآخر لا يجب فلا يجب بالشك
بخلاف ما لو شهدوا انها كانت للمدعي وهو حي اذ ليس في القضاء بتلك الشهادة اثبات امر لم يكن لان
ملك المدعي اذا ثبت في الماضي يبقى الى وقت آخر واستصحاب الحال حجة فيه اما ههنا فاستصحاب
الحال لا يصلح لاثبات المالكية للوارث لانها لم تكن ثابتة من الوجه الذي قلنا وبخلاف مسألة
الشراء لان ملك المشتري مضاف الى الشراء الثابت بالبينة لا الى بقاء ملك البايع في المبيع وان كان لا بد
لاثبات ملك المشتري من بقاء ملك البايع لان الشراء آخرهما وجودا وانه سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق
من غير ايجاب الملك فيكون مضافا الى الشراء وانه ثابت بالبينة واما ههنا ثبوت الملك للوارث
مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى وقت الموت الثابت معاينة لان الموت ليس موضوعا
للملك بل هو موضوع لابطال الحيوة لا لايجاب الملك فكم من ملك ليس فيه ايجاب الملك لاحد وعن هذا
وقع الفرق في اليمين بين التعليق بالشراء وبين التعليق بالموت حتى لو قال لامة ان اشتريتك فانت
حرة صح اليمين ولو قال ان مات مولاك فانت حرة والحالف وارثه لا يصح اليمين وبقاء ملك الميت
الى يوم الموت فيما نحن فيه ثابت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لاثبات ما لم يكن ثابتا وان صلح لابقاء
ما كان ثابتا الى هذا اشار الامام المحبوبي في الجامع الصغير ولا بد من النقل اي لا بد ان يقول الشاهد
انه مات وتركها ميراثا وهو تفسير الجر في الشهادة في المواريث الا انه الا انه يكتفى بالشهادة هذا استثناء
عن ما يتصل به وهو قوله فلا بد من النقل يعني ان عندهما لا بد من النقل والجر حتى لو شهدوا انها
كانت لابيه ولم يجروا الميراث الى المدعي ولم يقولوا ان اباه مات وتركها ميراثا له ولا نعلم له وارثا
غيره لا يقبل القاضي شهادتهم الا ان الشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت على الدار او على قيام
يد المورث على الدار وقت الموت قائمة مقام قولهم انها كانت لابيه وتركها ميراثا له والدليل على هذا
ايضا ما ذكره في الذخيرة والمغني واذا ادعى دارا في يد انسان انها له ورثها عن ابيه وجاء بشهود شهدوا
انها كانت لابيه الى ان مات وتركها ميراثا له ولا نعلم له وارثا غيره والقاضي يقبل هذه الشهادة
ويقضي بالدار للمدعي وان لم يشهدوا انه تركها ميراثا له وكذلك اذا شهدوا انها كانت في يد ابيه الى
ان مات او شهدوا انها كانت في يد ابيه يوم الموت فالقاضي يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي
لان الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك له يوم الموت لان اليد المجهولة تنقلب يد الملك عند
الموت لان الظاهر من حال من حضره الموت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان عنده من الودايع او المغصوب
فاذا لم يبين فالظاهر ان ما في يده ملكه فجعلنا اليد عند الموت يد ملك من هذا الوجه وروى الحسن
بن زياد وعلي بن يزيد الطبري صاحب محمد بن الحسن رحمه الله لا تقبل الشهادة في هذه الصورة لانهم
شهدوا بيد عرف القاضي زوالها ولم يشهدوا بالملك للمورث ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح لما
ذكرنا ان الايدي المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك فكانت هذه شهادة بالملك من حيث
المعنى ولو شهدوا انها كانت لابيه ولم يجروا الميراث الى المدعي فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة في قول
ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا ثم رجع ابو يوسف رحمه الله عن هذا
القول وقال يقبل هذه الشهادة ويقضي بالدار للمدعي ولو شهدوا انها لابيه لا يقبل الشهادة ذكر
محمد رحمه الله المسألة في كتاب الدعوى من غير ذكر خلاف وقد اختلف المشايخ فيه منهم من قال
لا يقبل هذه الشهادة على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يقبل لانهم
شهدوا بالملك للميت والثابت للوارث عين ما كان ثابتا للمورث وابو يوسف رحمه الله اعتبر جانب
الملك والانتقال في جانب الملك وهما اعتبرا جانب المالكية فقالا اثبتنا المالكية للميت والحال
فكانت هذه شهادة بالمستحيل ومنهم من قال لا يقبل هذه الشهادة بلا خلاف ثم اعلم ان الشاهد

اذا

هذا
اذا شهدا بان المدعي ابن الميت ووارثه لا نعلم له وارثا آخر غيره صار المشهود له معلوما بلا خلاف ثم اعلم
ان الشاهدين اذا شهدا بان هذا المدعي ابن الميت لا للقاضي فيقضي بشهادتهما شرط مع بيان السبب
ان يقولا وهو وارثه ولا نعلم له وارثا سواه ولا شك ان قولهما ووارثه شرط فيمن يحتمل الحجب والسقوط
على ان فيمن لا يحتمل الحجب والسقوط كالاب والام والابن والبنت هل هو شرط فيه اختلف
المشايخ فيه والصحيح انه لا يشترط واما قول الشاهدين لا نعلم له وارثا سواه ليس من صلب الشهادة وانما
هو احتياط مؤنة التلوم عن القاضي فان بدونه القاضي يتلوم زمانا وكذا على قيام يده اي يكتفى
بالشهادة على قيام يده وقوله على ما نذكر اشارة الى ما ذكر بعده بقوله لان الايدي عند الموت
تنقلب يد ملك والامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يصير موت المودع من غير بيان الوديعة بانها
وديعة لفلان وذلك لانه لما مات بدون البيان فقد ترك الحفظ والمودع اذا ترك حفظ الوديعة
كان متعديا والمتعدي يوجب الضمان ثم لما صار المودع ضامنا صار المضمون مملوكا له فثبت ان الشهادة
على اليد عند الموت شهادة على الملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة
فلذلك استغني عن ذكر الجر في الشهادة الى هذا اشار الامام قاضي خان وغيره **فان قيل** اشكل
على قوله هذا وهو ان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك مسائل وهي انهم لو شهدوا ان اباه دخل
في هذه الدار ومات فيها وشهدوا انه كان فيها حتى مات او شهدوا انه مات فيها او شهدوا انه مات
وهو قاعد على هذا البساط او نائم على هذا الفراش او شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع
على راسه لا يقبل هذه الشهادة حتى لا يستحق الوارث شيئا من هذه الاشياء وان كانت هذه الاشياء في
يد مورثه وقت الموت **قلنا** خرج الجواب عن هذه المسائل كلها بما ذكره بقوله بواسطة الضمان
وهذه الاشياء ليست بموجبة للضمان وان كانت في يده حالة الموت وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله بعد
ذكر هذه المسائل ما يستحق المدعي بهذا شيئا لان اليد على المحل لا تثبت بهذه الاشياء بدليل انه لا يصير
غاصبا بهذه الاشياء بدليل انه لا يصير غاصبا ولا يصير ذا اليد معتبرا له وكذا في الشهادة بخلاف
الشهادة بالركوب والحمل واللبس لان اليد تثبت بهذه الاشياء بدليل انه يصير غاصبا بهذه الاشياء
فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه اي فصار قول الشهود بانها كانت في يده وقت الموت بمنزلة
الشهادة بانها كانت ملكه وقت الموت وان قالوا الرجل حي نشهد انها كانت في يد المودع منذ اشهر
لم تقبل يعني اذا كانت الدار في يد رجل فادعاها رجل آخر وليست الدار في يده انها له فشهد
الشهود على هذا الطريق فقيد بقوله حي لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت موته تقبل الشهادة
بالاجماع ويكون الدار لوارثه وقد ذكرناه وقيد بقوله انها كانت في يد المودع لانهم لو شهدوا للميت
بانها كانت في يده وقت موته تقبل الشهادة بالاجماع ويكون الدار لوارثه وقد ذكرناه وقيد بقوله
انها كانت في يد المدعي لانهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالاتفاق كذا في الجامع الصغير لقاضي خان
رحمه الله واما قوله منذ اشهر فوجوده كعدمه فان هذا الخلاف ثابت فيما اذا لم يكن يذكره فانه
ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله شهدوا والحي ان العين كان في يده لم تقبل لان اليد محتملة يد غصب
ويد ملك فان كانت يد غصب عن ذي اليد لا يجب اعادته وان كانت يد ملك يجب فلا يجب بالشك
وعن ابي يوسف رحمه الله تقبل لان اليد حق مقصود كالملك فالملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل
فكذا في اليد وصار كما لو شهدوا بالاخذ من المدعي يعني ان الشاهدين اذا شهدوا بان الدار كانت
في يد المدعي وان اخذها المدعى عليه الذي هو صاحب اليد تقبل شهادتهما وترد الدار الى المدعي وكذلك
اذا اقر المدعى عليه بانها كانت في يد المدعي على ما ذكر في الكتاب لان اليد منقضية اي يد المدعي زايلة
وليست بقائمة حتى يحمل على الملك باعتبار الظاهر وهو متنوعة الى ملك وامانة وضمان بان كانت
يد غصب فلما تنوعت اليد الى هذه الاوجه الثلاثة لم يجب الرد لانه لو وجب الرد من وجه لم يجب
من وجهين فلا يجب بالشك وبخلاف الاخذ فان الاخذ موجب للرد شرعا ولان يد ذي اليد معاين
ويد المدعي مشهود به والمعاين راجح لان المعاينة توجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن وما كان
يوجب العلم اولى **فان قيل** هذا الذي عللته وهو ترجيح جانب المعاينة على جانب الشهادة عمل
على خلاف في ساير المواضع فانه في ساير المواضع انما كان العمل بالبينات اكثر اثباتا كان تلك البينة

[illegible]

اولى بالعمل حتى قلنا برجحان بينة الخارج على بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق لكون بينة الخارج اكثر
اثباتا وهو الملك واليد فلما ترجحت هناك بينة الخارج على البينة واليد اعني بينة ذي اليد ويده فلان
يترجح بينة الخارج هناك على اليد المجردة اولى **قلنا** ذلك مسلم فيما لا يتنوع ما اثبتته البينة والملك
المطلق لا يتنوع الى امانة وضمان وعدم وجوب الرد هنا الى المدعي باعتبار احتمال اليد هذين النوعين لكن
باعتبار احتمال يد الملك موجب للرد فلما تعارضت الايدي على هذه الاوجه اوجب الشك في الرد فلم نرده اما
في دعوى الملك المطلق خلص ما يوجب الرد وهو الملك عن التنوع فعمل بما هو موضوع البينات وهو ان يعمل
منهما اكثر اثباتا مهما اولى وان اقر بذلك المدعى عليه يعني قال المدعى عليه ان هذه الدار كانت في يد المدعي
هذا الان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار بل يجب عليه بيان ما اقر به حتى لو قال لفلان على شيء صح
ويجب عليه البيان ولذلك لو شهد الشاهدان ان المدعى عليه اقر به انها كانت في يد المدعي يقبل شهادتهما
لان المشهود هاهنا الاقرار وهو معلوم واما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة
دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان كذا في الجامع الصغير
لقاضي خان رحمه الله **باب الشهادة على الشهادة** لما فرغ من بيان احكام شهادة
الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع وذكر على الترتيب لان الفرع مستدعي بتقدم الاصل الشهادة على
الشهادة جائزة وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية لزمت شاهد الاصل ولا
حق للمشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة للمشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها
والنيابة لا تجري في العبادة البدنية الا انهم تركوا القياس وعملوا بالاستحسان وفي فتاوى قاضي خان
الشهادة على الشهادة في الاقارير والحقوق واقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا في الحدود والقصاص وفي
المغني الاصل ان كل ما يثبت بشهادة النساء مع الرجال يثبت بالشهادة على الشهادة لان الشهادة على الشهادة
نظير الشهادة من النساء مع الرجال لان المتمكن في الشهادة على الشهادة تهمتان تهمة الكذب في الاصول
وتهمة الكذب في الفروع والمتمكن في شهادة النساء مع الرجال تهمتان ايضا تهمة الكذب لسبب عدم العقل
وتهمة الضلال والنسيان فكانا نظيرين الا ان الشهادة على الشهادة انما تقبل حالة العجز عن الاصول
وشهادة النساء مع الرجال تقبل مع القدرة على شهادة الرجال لان شهادة الفروع بدل من كل وجه لان
الفرع لم يعاين سبب الحق انما عاينه الاصل فاما شهادة النساء نظيره شهادة الرجال من حيث معاينة
سبب الحق واما البدلية من حيث الصورة فلهذا افترقا **قوله** رحمه الله الا ان فيها شبهة من حيث البدلية
فان قلت لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بين الاصل والفرع في الشهادة لانه لا يجوز الجمع بين
البدل والمبدل ولهذا لا يجوز الجمع بين الاصل والفرع البدل والمبدل بين الوضوء والتيمم ولا بين غسل
الرجل ومسح الخف وهاهنا يجوز الجمع بين الشاهد الاصل والشاهد الفرعي على ما يجيء من رواية الاسرار وكذا
ذكر في الخلاصة ولو شهد احد الشاهدين على شهادة نفسه وشهد الاخر على شهادة رجل اخر تقبل وكذا
ايضا في فوائد مولانا حميد الدين الضرير رحمه الله وانما لا يجوز هاهنا اذا شهد احد الشاهدين على نفسه
وهو ايضا شهد مع اخر على شهادة اصل الثاني في جهة لان معنى الاصالة تقتضي مشاهدة الحق ومعنى
الفرعية تقتضي عدم مشاهدة الحق وهما متنافيان مع ان القياس فيه الجواز ايضا على ما يجيء **قلت**
بدلية شهادة الفروع حسب المشهود به لا بحسب شهادة الاصول فان الحاجة الى علمنا بالحق المشهود به
واذا متى شهد الاصل لم يبق لنا شبهة في شهادة الاصل لانه عيان وانما بقيت الشبهة في الحق من حيث
انهم غير معصومين عن الكذب ولم يعتبر هذا لانه لا يمكن الاحتراز عنه واذا جاءت الشهادة على الشهادة
تمكنت على شبهة الحق التي كانت في الاصل شبهة زائدة تخلو عنها شهادة الاصل فكانت هذه الشبهة
الزائدة معتبرة فيما تسقط في الشبهات ثم هذه الشبهة في الشهادة على الشهادة انما تمكنت باعتبار بدلية
الفرع في حق المشهود به حيث لم نعاينه سوى ان الفروع بدل من الاصول الا ترى الاصول ثم بالفروع فلو كانت
البدلية في اصل الحجة لما طرحت مع الاصل فعلمنا ان بطلان شهادة الفرع فيما تسقط شهادة على ما قلنا
لمعنى في شهادة الفروع وهو شبهة زائدة مع شبهة يمكن الاحتراز عنها بالرجال فتبين انا جعلنا الفروع
كالاصول فلم يصر الجمع بينهما الى هذا اشار في الاسرار **قوله** رحمه الله او من حيث ان فيها زيادة احتمال
لان الاحتمال في موضعين على ما ذكرنا فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وهذا عندنا

وانما

من حيث انها حجة في بطلان ولايته في سعيد قوله على المشهود عليه وابطال ولاية بدون امر مصرح
به فباعتبار هذا اشترط الامر وصار هذا كمن له ولاية في انكاح الصغير اذا انكحها اجنبي بغير امره لا
يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه حتى ادير عليها اي على مدة السفر عدة من الاحكام نحو قصر الصلوة والفطر
في الصوم وامتداد مسح الخف الى ثلاثة ايام وعدم وجوب تكبيرات التشريق على قول ابي حنيفة رحمه الله والجمعة
والجمعة وحرمة خروج المراة من غير محرم او زوج والاول احسن اي تقدير ثلاثة ايام احسن لان التجزّه
شرعا يتعلق بها كما في سائر الاحكام التي عددناها المتعلقة بالسفر وكان القول به موافقا لحكم الشرع فكان
احسن وبه اي وبالثاني وهو ما قاله ابو يوسف رحمه الله انه لو كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد وذكر في الذخيرة بعد ذكر قول ابي يوسف رحمه الله وكثير من المشايخ
رحمهم الله اخذوا بهذه الرواية ثم قال وروي عن محمد رحمه الله ان الشهادة على الشهادة تجوز كيف
ما كان حتى روي عنه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية اخرى
من ذلك المسجد يقبل شهادتهم وذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام علي السغدي رحمهما الله في شرح
ادب القاضي للخصاف رحمه الله اذا شهد الفرع على شهادة الاصول والاصول في المصر يجب ان يجوز
على قولهما وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على ان التوكيل بدون رضا الخصم عند ابي حنيفة لا يجوز
وعندهما يجوز ووجه البناء هو ان عند ابي حنيفة رحمه الله لما لم يملك المدعى عليه انابة غيره مناب
نفسه في الجواب الا بعذر وكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه في الشهادة الا بعذر ثم الجامع
ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما لما ملك المدعى عليه انابة
غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا يملك الاصل اقامة الفرع مقام نفسه في اداء الشهادة من
غير عذر فان عدل شهود الاصل شهود على المقبولية اي عدل الفروع الاصول فهو جائز وحاصله
ان الفرعين اذا شهدا على شهادة الاصلين ان كان القاضي يعرف الاصول والفروع بالعدالة
يقضي بشهادتهم فان عرف الاصول بالعدالة ولم يعرف الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع
بالعدالة ولم يعرف الاصول ذكر الخصاف رحمه الله ان القاضي يسأل الفروع عن اصولهم ولا يقضي
قبل السؤال فان عدلا الاصول يثبت عدالة الاصول بشهادتهما في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله
انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان لا نخبرك لا يقبل
القاضي شهادتهما وعن ابي يوسف رحمه الله اذا قال الفرعان لا نخبرك يسأل غير الفرعين عن الاصول
ولو قال الفرعان لا نعرف الاصل عدل ام لا قال الشيخ ابو الحسن علي السغدي رحمه الله هذا وقول
الفروع لا نخبرك سواء وقال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اذا قالا لا نعرفه اعدل ام لا لا يرد القاضي
شهادتهما ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا واما اذا شهد شاهدان
عند القاضي وهي اي القاضي يعرف عدالة احدهما ولا يعرف عدالة الاخر فعدله هذا العدل اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم يصح تعديله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله وفتاواه وقوله
لانه الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في
تعديله منفعة له من حيث ينفذ القاضي قوله على موجب ما شهد به قلنا العدل لا يتهم بسبب مثل
ما ذكرت من التهمة فان مثل هذه التهمة ثابتة في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال في شهادة نفسه
انه انما شهد بما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد
به وان لم يكن له شهادة فيه في الحقيقة ومع ذلك لا يقال مثل هذه التهمة في حق العدل فانا لو اعتبرنا
مثل هذه التهم لانسد باب الشهادة وهو مفتوح في نفسه وهذا معنى قوله كما لا يتهم في شهادة نفسه
في قوله وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة اي لا تهمة في الذي لم ترد
شهادته برد الاخر لكنه لم يقبل قوله بمقابل الشهادة لا للخلل في عدالته وان سكتوا عن تعديلهم
اي وان سكت الفروع عن تعديل الاصول جاز اي جاز نقل شهادة الاصول وينظر القاضي في حالهم
اي يسأل القاضي غير الفروع من المزكين عن حال الاصول انهم عدول ام لا فاذا لم يعرفوها اي اذا
لم يعرف الفروع عدالة الاصول وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفروع
وحاصله ان الفروع اذا رجعوا وجحدوا وجب عليهم الضمان وهذا ظاهر لان التلف انما ثبت بشهادتهم

[illegible]

لا شهادة الاصول فيجب الضمان على الفروع وان رجع الاصول وحدهم فلا ضمان عليهم عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله لانهم مسببون لا مباشرون على ما ذكرنا وهذا الذي ذكرنا اذا قال الاصول كنا
اشهدناكم باطلا واما اذا قالوا لم نشهدهم اصلا فلا ضمان على الاصول بالاتفاق لانهم لم يوجد منهم
لما انكروا الاشهاد اصلا ولو قاله للتعارض بين الخبرين اي بين خبر الفروع وخبر الاصول لان الاصول
ينكرون التحميل وهو شرط اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع وبانكار الاصول لا يثبت التحميل فلا
يوجد الشرط وهو التحميل لم يوجد المشروط وهو صحة اداء شهادة الفروع فلا يقبل شهادة الفروع
واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اي الفرعان شهدا على اصلين وقال لا اي وقال الفرعان اخبرنا
الاصلان انهما يعرفانها اي ان الاصلين يعرفان تلك المراة المشهود عليها فجا بامراة اي فجا المدعي
بامراة وقالا اي الفرعان لا ندري اهي هذه ام لا اي لا ندري ان المعروفة بالنسبة هي هذه الحاضرة
ام لا فانه يطير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من اخرين
يعني اذا انكر الخصم ان يكون حدود ما في يديه ذلك يحتاج المدعي الى ان ياتي بشاهدين اخرين ان حدود
ما في يدي ذلك وذكر الامام المرغيناني رحمه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد له شهود
ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي يدي
غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يديه محدود بهذه الحدود
ثم فائدة كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى يظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع والمحدود في يد المشتري
ولحق الشفعة واما لو كان المدعي هو البائع يطالب المشتري بالثمن فلا حاجة في كون المبيع في يد المشتري
لان للبائع ولاية مطالبة الثمن من المشتري سواء كان في يد البائع او في يد المشتري وكذلك كتاب القاضي
الى القاضي يريد به ان القاضي الكاتب يكتب في كتابه الى القاضي الاخر شاهدان شهدا عندي ان فلان
بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا فاقض عليها ثبت بذلك فاحضر المدعي فلانة في مجلس
القاضي المكتوب اليه ودفع الكتاب اليه يقول له القاضي هات شاهدين ان التي احضرتها تلك الفلانية
المذكورة في هذا الكتاب ليتمكن الاشارة اليها في القضا لذا ذكره الامام المرغيناني رحمه الله الا ان الذي
يكاد يرد ما نسبه هذا جواب اشكال مقدر وهو ان يقال ان القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي لانه
سمع الشهادة من الشاهدين ونقل شهادتهما بالكتاب الى القاضي المكتوب اليه فصار كانه حضر بنفسه
مجلس القاضي المكتوب اليه وهناك يشترط الاثنان فكذلك ينبغي ان يشترط في القاضي الكاتب ان يكون
اثنين والجواب ما ذكره في الكتاب ولو قالا فيهما اي في هذين البابين اي باب الشهادة على الشهادة وباب كتاب
القاضي الى القاضي حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وجعل الفخذ من الخاصة التي لا حصاة
دونها موافق لرواية الصحاح حيث جعل الفخذ اخر القبائل الست فقال اولها الشعب ثم القبيلة ثم
الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ واما على اختيار صاحب الكشاف وعين كون الفخذ لخص بالنسبة
الى ما فوقها حيث قال في الكشاف في قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا الشعب الطبقة
الاولى من الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة والشعب
يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة
شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعوب لان القبائل
تشعبت منها ثم اعلم ان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين كذا في الديوان لانه اسم للجد الاعلى نزل
منزلة للجد الادنى اي لان الفخذ اسم للجد الاعلى في القبيلة الخاصة وصار بمنزلة الجد الادنى في النسبة
وهو اب الاب والله اعلم **فصل** ذكر شهادة شاهد الزور في فصل على حدة لان لها
احكاما مخصوصة ولحرمها لان الاصل هو الصدق اعلم ان شاهد الزور عندنا هو المقر على نفسه بذلك
لانه لا يتمكن تهمة الكذب في اقراره على نفسه فلا طريق لاثبات ذلك بالبينة عليه لانه يبقى لشهادته والبينة
حجة للاثبات دون النفي فلذلك من رددت شهادته للتهمة او للدفع من نفسه او بالاختلاف والزيادة
او تكذيب الذي شهد له فانه لا يكون شاهد الزور لما ذكر من الحكم لانه لا ادري ايهما الصادق المشهود له
او الشاهد فلعل المشهود له اراد بالشاهد العقوبة والتهمة ونقص في دعواه عن ما يشهد به شاهده وكذلك
من ردت شهادته للتهمة فلعله صادق في شهادته وكذا اذا اختلف الشاهدان في الشهادة ولا يعرف

ذكر والاقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء **قلنا** ما كان شرطا في الابتداء يكون شرطا في البقاء كالبيع
فان وجوده شرط لصحة البيع فكذا بقاؤه شرط لصحة الفسخ وكذلك الشهادة بمجلس القضاء شرط لصحة
الشهادة فكذا يجب ان يكون مجلس القضاء شرطا لفسخ الشهادة وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا
احضار راس المال الى مجلس السلم فانه ليس بشرط في فسخ السلم مع انه شروط في ابتداء عقد السلم لانا نقول اشتراط
وجود راس مال السلم في مجلس عقد السلم لانعقاد السلم بل يفسد السلم بعد الصحة اذا افترقا عن قبض احترازا
عن الكالي بالكالي وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ فلذلك لم يحتج الى احضار راس المال وقت الفسخ لانعدام
ذلك المعنى وهو عقد النسيئة بالنسيئة لانه ادعى رجوعا باطلا لان الرجوع في غير مجلس القضاء باطل والا ستحلاف
وسماع البينة انما يكون بعد صحة الدعوى والدعوى باطل فلذلك لم يكن له الاستحلاف واقامة
البينة وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة **فان قيل** فكيف
انعكس مذهبنا ومذهبه في الشهادة بالقتل ثم بالرجوع وكذلك انعكس مذهبنا ايضا بالمذكور هناك
فانه اذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمد فقتل بشهادتهما ثم رجعا فعندنا عليهما الدية وقال لهما
وعند الشافعي عليهما القصاص حيث جعل المسبب هنا كالمباشر ولم يجعله نحن كالمباشر هناك ثم جعلنا
المسبب كالمباشر هنا ولم يجعله الشافعي هنا كالمباشر **قلنا** اختلاف الحكم لاختلاف الدليل بسبب
اختلاف المحل والاصل ان لا يجعل المسبب كالمباشر في صورة من الصور لاختلافهما في وصف التعدي لانه لا شك
ان التعدي الصادر من المباشر فوق التعدي الصادر من المسبب لان المباشر عمل بدون الواسطة والمسبب
بالواسطة الا ترى ان المباشرة اذا تجردت عن التعدي الزائد صلحت ايضا لايجاب الضمان بالاجماع فانه
اذا رمى الصيد في ملكه فاصاب انسانا او مالا فاتلفه يجب الضمان بخلاف ما اذا حفر بئرا في ملكه وما ذاك
الا باعتبار قوة وصف المباشرة وضعف وصف التسبيب اذا دعت الضرورة الى اقامة المسبب مقام المباشر
لابد بقيام هو مقام المباشر وقولنا ها هنا كذلك لانه لما تعذر ايجاب الضمان على المباشر هنا وهو القاضي
والمدعي لما ذكر وظهر ان المسبب وهو الشاهد متعد في شهادته اوجبنا على المسبب النقصان ما لا المدعى
عليه كما اذا حفر البئر في قارعة الطريق ووقع فيها ادمي يجب الضمان على الحافر لتعذر اضافة الضمان على
المباشر واما في باب الشهادة بالقتل فلم توجب القصاص على المسبب وهو الشاهد الذي رجع عن شهادته
لان المساواة مشروطة في القصاص حتى اذا لم يمكن المساواة في موضع لا يجب القصاص وان كانت الجناية
عمدا ولا مساواة بين المسبب والمباشر لما ذكرنا وانما جعلنا الشاهد مسببا لا مباشرا وهو ظاهر لان
المباشر هو الولي وهو طائع مختار وفي هذه المباشرة عرفنا ان الشاهد غير مباشر لا حقيقة ولا حكما والقصاص
جزاء القتل العمد مباشرة اما حقيقة كما اذا قتله باختياره او حكما كما في المكره لان المكره فاسد الاختيار به
والمكره صحيح الاختيار والفاسد يعارض الصحيح كالمعدوم فصار المكره بمنزلة الالة للمكره واستقل فعله
الى المكره وليس الشاهد هنا كذلك لان المباشر المتخلل وهو الولي صحيح الاختيار وكامله فلم ينتقل فعله
الى الشاهد فبقي الشاهد مسببا فلم يستحق جزاء المباشرة اذ المساواة مطلوبة في القصاص واما الشافعي
رحمه الله فانما اقام المسبب مقام المباشر في القصاص لحديث خاص ورد فيه وهو حديث علي رضي الله عنه
حين قال لشاهدي السرقة حين رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما ولان امر الدماء اشد من
الاموال فلم يلزم من اقامة المسبب مقام المباشر في امر الدم بسبب زيادة صيانته لم يلزم اقامة المسبب
مقام المباشر في حق الاموال وانا نقول اما حديث علي رضي الله عنه فكان ذلك على سبيل التهديد لانه
صح من مذهب علي رضي الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وقد يهدد الامام بما لا يتحقق له قال
عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق واما الجواب عن الثاني
فان المسبب يقام مقام المباشر في الاموال اذا تعذر ايجاب الضمان على المباشر كما في حفر البئر على قارعة
الطريق وهنا كذلك فيضاف الى المسبب وقد ذكرناه والى هذا اشار في المبسوط في باب رجوع الشهود
من كتاب الديات وفي كتاب الرجوع عن الشهادات **قوله** رحمه الله لانه كالملجأ الى القضاء
ولهذا قيل انه ملجأ لانه لو صار ملجأ حقيقة لشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في
الشهادة العمد اذا ظهر كذبهم كما في المكره كما هو مذهب الشافعي رحمه الله وليس كذلك وذلك لان الملجأ
حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنيوية والقاضي ها هنا انما يخاف العقوبة في الاخرة فلا يصير به ملجأ

كتاب الرجوع عن الشهادات

الثلثين

لان كل واحد بعينه الطاعة حق قامت العقوبة على تركها في الاخرة ولا تصير لها مكرها ولكن لم يجد الضمان
على القاضي هاهنا لانه غير متعد في القضا بل هو مباشر شرطا هو فرض عليه ظاهرا فتعين الشهود لكان
الضمان عليهم كذا في المبسوط واما يضمنان اي الشاهدان يضمنان اذا انتقض المدعي المال دينا كان
او عينا لان الاتلاف به اي الاتلاف مال المدعى عليه انما يتحقق بقبض المدعي ماله وفي ذلك لا تفاوت
الحكم بين العين والدين هذا الذي ذكره هو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما شيخ الاسلام رحمه
الله فقد فرق بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد
الرجوع قبض المشهود له العين من المشهود عليه او لم يقبضه بعد وان كان المشهود به دينا فليس للمشهود
عليه ان يضمن الشاهدين في الحال وانما يضمنهما اذا استوفى المشهود له ذلك من المشهود عليه والفرق
بينهما على ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله هو ان ما يجب على الشاهد من الضمان عند الرجوع ضمان الاتلاف
وضمان الاتلاف مقدر بالمثل فمتى كان المشهود به عينا فالشاهدان ازالاه عن ملكه لشهادتهما عند
اتصال القضا بها الا ترى ان تصرف المشهود عليه فيه بعد ذلك لا ينفذ فلو ازلنا العين عن ملكهما
باخذ الضمان منهما لا تنتفي المماثلة اما اذا كان المشهود به دينا فالشاهدان ما ازالا شيئا عن ملكه
بل اوجبا عليه دينا لم يكن حق فلو استوفينا الضمان من الشهود قبل ان يستوفي المشهود له ذلك من المشهود
عليه ينتفي به المماثلة لان المستوفي عين والعين خير من الدين وينظر الى قيمة المشهود به يوم القضا
لان وجوب الضمان عليهما بالاتلاف والاتلاف حصل بالقضا فيعتبر القيمة يوم القضا كذا في الذخيرة
وذكر في المبسوط ولو شهدا على رجل بمال فقضى به القاضي فقبضه او لم يقبضه ثم رجعا ضمنا المال
اذا اخذ المقضي له من المقضي عليه وقبل الاخذ لا يضمنها المقضي عليه شيئا لان تحقق النقصان
عند تسليم المال الى المقضي له فاما ما بقيت يده على ماله فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان لعله
بالمثل وهما اتلفا عليه دينا حين الزماه ذلك بشهادتهما فلو ضمنهما قبل الاداء كان قد استوفى منهما
عينا مقابلة الدين ولا مماثلة بين العين والدين وفي الاعيان ان ثبت الملك للمقضي له بقضا القاضي
ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا
ما لم يخرج المال من يده بقضا القاضي وكذا هذا في العقار فان الشهادة الباطلة تضمن العقار كالنفس
لان فيها اتلاف الملك واليد على المقضي عليه والعقار يضمن بمثل هذا السبب فان اتلاف الملك يتحقق
فيها بخلاف الغصب على قول من يقول العقار لا يضمن بالغصب والاصل ان المعتبر في هذا بقا من بقي
لا رجوع من رجع لانه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على الراجع مع بقا الحجة عند وجود مثبتة
وهو الشاهدان بان شهد بلا فرد رجل واحد فلا يجوز ان يجب ضمان الاتلاف على احد مع انه لم
يتلف مال غيره بفعله **فان قيل** لو كان ثبوت الحق بشاهدين فرجع واحد ينبغي ان يضمن الراجع كل
الحق لان الذي بقي فرد ولا يصلح لاثبات شي من الحق ابدا ولا يصلح لذلك لا لبقا شي من الحق **قلنا** هذا
معارض بمثله لان الباقي كما هو فرد فالراجع ايضا فرد والاتلاف انما يكون في الشهادة بحسب الاثبات
والراجع كما لا يصلح لاثبات كل الحق بشهادته لا يصلح ايضا لاتلاف كل الحق برجوعه واما قوله
فالباقي لا يثبت شي من الحق بشهادته فلا ينبغي نصف الحق بقابه قلنا كم من شي يصلح سببا للبقا
بقدره وان كان لا يصلح للابتدا في شي كما في قدر النصاب فان بعضه لا يصلح ابتدا الشي من وجوب الزكوة
ويصلح مبقيا للبعض وجوب الزكوة بعدها وذكر في الذخيرة فيجب ان نعلم ان العبرة في باب الرجوع
عن الشهادات في حق بقا الحق ووجوب الضمان لبقا من بقي لا الرجوع من رجع حتى انه اذا شهد
ثلاثة نفر على رجل بدين الف درهم مثلا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال
ولو رجع واحد منهم فلا ضمان على الراجع لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين لان ما زاد على
الشاهدين في هذه الحقوق فضل في حق القضا الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضا
ووجوب الحق الى الكل لعدم المزاحمة لاستواء حالهم فاذا رجع الواحد منهم زالت المزاحمة لزوال
الاستوا فظهر ان القضا كان مضافا الى شهادة المثنى اذا ثبت هذا فنقول اذا شهد بالحق ثلاثة
ورجع واحد منهم فقد بقي من يقوم بشهادته جميع الحق فلا يضمن الراجع شيئا واذا رجع اثنان منهم فقد بقي من
يقوم بشهادته بنصف الحق فكان التالف بشهادة الراجعين نصف الحق فيجب ضمان ذلك

النصف

مباشرا على التمييز وكذا تسبيبا واما الحق التسبيب بالمباشرة في حق القتل لان عند الشافعي رحمه الله
المسبب بمنزلة المباشر في وجوب القصاص وذكر في الاسرار ومن مشايخنا رحمهم الله من قال في تعليل المسألة
بان الشهود مسببون الا انه ضعيف لان المذهب عندنا ان المسبب والمباشر واحد الا ترى انه يلزمه الكفارة ن
لا يجعل حافر البئر بمنزلة القاتل لسقوط صغير لان الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب لسقوط صغير من او من
واما الشهادة فطريق مشكوك لا احد ما يثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل ولكنا
نقول لما ثبت من مذهبنا ان الولي لا يقتل وقد باشر القتل مختارا لا بالزام الشهود فانه ان شاء عفى ثم
لا يلزمه القصاص للشبهة فالشهود الذين يصيرون بالشهادة متلفين حكما اولى لان الضمان بالقتل
الذي باشره الولي لا بالقضاء وحرر في المبسوط وجها وهو ان الشاهد مسبب للقتل والمسبب
لا يوجب قصاصا كحفر البئر وهذا لانه يعتبر في القصاص المساواة ولا مساواة بين المسبب والمباشر
وبيان الوصف ان المباشر هو الولي وهو طايع مختار في هذه المباشرة فعرفنا ان الشاهد غير مباشر
حقيقة ولا حكما ولا معتبر لما ذكره من الالجاء لان القاضي انما يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير ملجأ
بكل احد يعتبر الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الاخرة ولا يصير به مكرها ثم لما لم يجب القود
عليهما عندنا كان عليهما الدية ان رجعا وعلى احدهما نصف الدية ان رجع لان كل واحد منهما
سبب لاتلاف نصف النفس فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فللولي المقتول الخيار
بين ان يضمن الشاهدين الدية وبين ان يضمن القاتل لان القاتل متلف للنفس حقيقة والشهود
متلفون لها حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالاتلاف الحقيقي فكان له ان يضمن ايهما شاء فان
ضمن الولي الدية لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين
لم يرجعا على الولي ايضا في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت لهما حق
الرجوع على الولي بما ضمنا لانهما ضمنا بشهادتهما وقد كانا عاملين فيه للولي فيرجعان عليه بما لحقهما من
الضمان كما لو شهدا بالقتل الخطأ او بالمال فقضى القاضي واستوفى المشهود له ثم رجعوا جميعا ضمن
المشهود عليه الشاهدين كان لهما ان يرجعا على المشهود له ولابي حنيفة ان هناك قد ملكا المعوض بالضمان
وهنا لم يملكا لان القصاص لا يملك بالضمان والمشهود به هو القصاص لانا نقول انهما ان لم يملكا
فقد قاما مقام من ضمنهما في الرجوع على القاتل بمنزلة من غصب مدبرا فغصبه اخر منه ثم ضمن المالك
الغاصب الاول فانه يرجع بالضمان على الثاني وان لم يملك المدبر بالضمان ولكنه قام مقام من ضمنه
وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة حتى يملكه ولي القصاص وله بدل متقوم يحتمل التمليك فيكون
السبب معتبرا على ان يعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على مس السماء تنعقد في ايجاب الكفارة
التي هي خلف عن البر لما كان الاصل هو البر متوهم الوجود في الجملة وعلى هذا غاصب المدبر فان المدبر
متقوم مملوك في الجملة فينعقد السبب للغاصب الاول فيه على ان يعمل في بدله حتى يرجع بالضمان على الغاصب
الثاني وكذلك شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا الولي القيمة كان لهم ان يرجعوا على المكاتب ببدل الكتابة
ولم يملكوا رقبة المكاتب ولكن لما كان المكاتب مملوكا انعقد السبب في حقهم على ان يكون عاملا
في بدله وهو بدل الكتابة فيملكون بدل الكتابة بذلك وان لم يملكوا رقبة المكاتب فهذا امثله وابو حنيفة
رحمه الله يقول ان الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره
كالولي وهذا لانه لو لم يكونوا متلفين ما كانوا ضامنين مع المباشر الاتلاف لان مجرد السبب يسقط
اعتباره في مقابلة المباشرة الا ترى انه لو دفع انسانا في بئر حفرها غيره في الطريق كان الضمان
على الدافع دون الحافر وهنا لما ضمن الشهود عرفنا انهم جعلوا متلفين للنفس حكما وان كان تمام
ذلك الاتلاف عند استيفاء الولي فان استيفاء الولي بمنزلة شرط مقرر لحكم شهادتهما ومن ضمن بجنايته
على النفس لا يرجع على غيره واما في الخطأ فانما يرجع لانه ملك المعوض وهو الدية وقد ملكه
المشهود بصرفه الى حاجته وهذا سبب اخر موجب للضمان عليه للشاهد وكذلك الشاهدان بالمال
وقوله فانه ينعقد السبب موجبا الملك له على ان يعمل في بدله قلنا هذا ان لو كان الاصل يوهم الملك
بالضمان وليس في القصاص توهم الملك بالضمان بحال فلا ينعقد السبب باعتبار الخلف كيمين الغموس
ثم لو كان القصاص ملكا لهما لم يضمنه المتلف عليهما كما اذا شهدا على الولي بالعفو او قتل من عليه

[illegible]

مباشرة

القصاص انسان آخر فليس لهذا القصاص مثله الضمان وانعقاد السبب لا يكون اقوى من ثبوت الملك
حقيقة وبه فارق مسألة عتق المدبر والمكاتب فان هناك لو كان ثمة لكان حقيقة كان يضمنه المتلف
عليه فكذلك اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب فيكون له ان يرجع بالمبدل لذلك كذا في المبسوط
والظاهر لما الكلام هنا لاحتياج اصول الفقه وهذه المسألة الى هذا بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته اي يرجح
المكره حيوة نفسه على حيوة الذي اكره هو على قتله ظاهرا فكان الاكراه بهذا الطريق اكثر افضاء الى القتل
من قتل الولي المشهود عليه بوجوب القصاص عليه مندوب بخيار العفو ظاهرا للامر وفيه مع تمكن البواد
ولم يلزم من شرع القصاص في الاكراه الذي هو اكثر افضاء الى القتل شرع القصاص في الشهادة التي هي اقل
افضاء الى القتل ولان القتل الاختياري مما يقطع النسبة اي القتل الصادر من الولي باختيار الصحيح
من غير اجبار مما يقطع نسبة القتل من الشهود فكان القتل مقصورا على الولي فلم يكن الشاهد قاتلا لان تخلل
فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى الاول كمن حل قيد عبد انسان فابق العبد لا يضمن على الحال لما قلنا بخلاف
المكره فان له اختيارا فاسدا وللمكره اختيار صحيح والفاسد بمقابلة الصحيح بمنزلة العدم فصار المكره
بمنزلة الالة للمكره فكذلك اشتغل فعل المكره الى المكره ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع
على شهادتنا فلا ضمان عليهم اي فلا ضمان على شهود الاصل بالاجماع اذا كان رجوعهم على هذا التفسير وان
لو قالوا اشهدناهم وغلطنا في اشهادنا فعند محمد الضمان عليهم في هذه الصورة لانهم انكروا السبب
لان شهود الاصل انكروا سبب اتلاف مال المدعى عليه وهو الاشهاد على شهادتهما ولا يبطل القضا لانه
خبر محتمل لان انكارهم الاشهاد خبر محتمل بين الصدق والكذب فلا يبطل قضا القاضي كما لو شهد
شاهدا الاصل به بانفسهما وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا
وكذلك لو قالوا اشهدناهم على شهادتنا ولكنا رجعنا عن ذلك بعد ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله لا يضمن الاصول وعند محمد رحمه الله يضمنون المال لان الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما
الى مجلس القاضي فاما القضا فيتصل بشهادة الاصلين شهادة في غير مجلس القضا والشهادة في غير مجلس
القضا لا تكون سببا لاتلاف شي فلا يلزمهما الضمان وان رجعا عن ذلك لان الشهادة تختص بمجلس القضا
كالرجوع وقد بينا ان الرجوع لا يوجب الضمان على الشهود وكذلك الشهادة في مجلس القضا والانفصال
ان الفروع نايبون عن الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن ادا الشهادة
كان عليهم الادا اذا طلب المدعي ولو كانوا نايبين عن الاصول لما كان لهم ذلك اذا منعهم الاصول عن الادا
ولانهم يشهدون على ما حملوا وهو شهادة الاصول اياهم على شهادتهم ولو شهدوا على الحق نفسه ما كانوا
نايبين فيه عن احد فكذا اذا شهدوا على شهادة الاصول ولانهما شهادتان متغايرتان فان احداهما شهادة
والثانية ادا الشهادة عند مجلس القضا ولا جمع بينهم في التضمين اي لا يقال بان الاصلين يضمنان نصف
مال المدعى عليه والفرعان يضمنان نصفه بل المدعى عليه مخير بين تضمين اي الفريقين شا لانه لا مجانسة
بين شهادة الفريقين لان شهادة الاصول قد كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول
ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل كانهم شهادة واحدة فيكون الضمان عليهم جميعا بل يجعل كل فريق كالمتلف
والمشهود عليه يضمن اي الفريقين كالغاصب مع غاصب الغاصب للمغصوب منه ان يضمن ايهما شا هكذا
ذكر في المبسوط **فان قيل** الحق محمد رحمه الله بالغاصب وغاصب الغاصب في تخيير تضمين المالك على ما ذكرت
من المبسوط ثم المالك هنا لو ضمن الغاصب فان الغاصب يرجع بذلك الضمان على الغاصب الثاني ولو
ضمن الغاصب الثاني فانه لا يرجع به على الغاصب الاول وههنا كل واحد من الفريقين لا يرجع به على الاخر
عند الضمان فما وجه التشبيه بينهما **قلنا** كل واحد من فريقي الشهود الاصول والفروع مؤاخذ
بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الاخر فقال في الذخيرة فان ضمن الفروع فالفروع لا يرجعون
به على الاصول كما في الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الاول وان ضمن الاصول
لا يرجعون به على الفروع ايضا بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب الغاصب وانما
كان كذلك هنا لان سبب التلف نقل شهادة الاصول الى مجلس القاضي ونقل شهادة الاصول
شي لما فانه لولا شهادة الاصول لما تمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان
فعل كل واحد من الفروع والاصول في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة اما في حق الفروع

فظاهر

في الوكالة كذلك اما في الاذن يحب ان يصير العبد ماذونا في قول علمائنا رحمهم الله لان العبد يسكوت
المولى يكون ماذونا وهذا نوع في السكوت كذا في الدخيرة وذكر الامام المحبوبي رحمة الله لو قال انت
وكيلي في كل شي كان وكيلا بالحفظ لا الادا ازاد فقال انت وكيلي في كل شي جائز صنيعك فعند محمد رحمة
الله يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق وعند ابي حنيفة رحمة
الله وكيل في المعاوضات دون غيرها وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا قال لامراته انت وكيلي في
جميع اموري فقالت طلقت نفسي لا يقع الطلاق عليها اذا لم يرد الزوج الطلاق ولم يكن في حال
واما شرطها فهو ما ذكر في الكتاب في قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف
ويلزمه الاحكام الى اخره على ما يجي شرحه واما صفتها فانها من العقود الجائزة غير
اللازمة حتى يملك كل واحد من الوكيل والموكل العزل بدون رضا صاحبه على ما يجي شرحه واما
حكمها فجواز مباشرة الوكيل بما فوض اليه وثبوت حكم مباشرته للموكل **قوله** رحمه الله كل
عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره ولا يرد على هذا صحة توكيل المسلم الذمي
في الخمر وبيعها لان ذلك عكس وليس بطرد ولا يرد نقضا لانه لم يقل كل عقد لم يجز له ان يعقده
بنفسه لا يجوز ان يوكل به والما يجي ذلك بعد هذا باوراق في قوله ومن شرط الوكالة ان يكون
الوكيل ممن يملكه التصرف **فان قيل** يرد في طرده نقض وهو ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز
له ان يوكل المسلم ببيعها **قلنا** الذمي هاهنا يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعها ايضا
حتى انه لو وكل ذميا اخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم هنا لمعنى في المسلم وهو انه مامور
بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحل لا يكون هي مانعة
لعبارة التصرف بلفظ الكل حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امراة بنكاح صحيح حل له وطيها لا يرد
عليه الحائضة والمحرمة لانا نقول هناك جاز ايضا الا ان المنع من الوطي جاء من قبل المراة لمعنى عارض
حتى اذا انعدم هذا المعنى يظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح **فان قيل** يشكل على الاستقراض فانه
لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز بل الاستقراض يقع على المستقرض الذي هو
الوكيل لا على الموكل **قلنا** ما ذكر في الذخيرة لو اخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة
بان قال ان فلانا يستقرض منك عشرة ففعل المقرض يكون الدراهم للامر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع
ذلك منه ولو اخرج الكلام مخرج الوكالة بان قال للمقرض اقرضني عشرة دراهم كانت العشرة للوكيل
وله ان يمنعها من الامر لان التوكيل بالاستقراض باطل بخلاف الرسالة فان الرسالة موضوعة لنقل
العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امر بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح
فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل [illegible] ان العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق
العقد له فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة لان الوكيل غير ناقل العبارة ولا نقول
بان التوكيل بالبيع من حيث انه امر بنقل عبارة الموكل التي هي ملك الموكل لان العبارة للوكيل في جميع
الصور وانما صح لان محل البيع ملك الموكل وقد امر الوكيل بازالة المبيع عن ملكه فصح التوكيل بالبيع
باعتبار ازالة المبيع عن ملك الموكل واما في فصل الاستقراض فالعبارة للوكيل والمحل الذي امر
بالتصرف فيه ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير
باطل ولا نقول بان التوكيل بالشرا صح من حيث انه امر بتملك المشتري لان المشتري ملك
الغير وانما صح لانه امر بايجاب الثمن في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في
الاستقراض لان البدل في باب القرض انما يجب دينا في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا
يمكن تصحيح الامر اولا بالقبض حتى يستقيم الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك
الغير ولما تعذر تصحيح هذه الوكالة باعتبار جانب التملك وباعتبار جانب العبارة بطل حكمه ذكره
في الذخيرة في ذكر شرط الوكالة من جملة شروط الوكالة ان يكون الموكل حاصلا بما يملكه الموكل حتى
اذا حصل بما لا يملكه الموكل كان باطلا لان التوكيل اثبات ولاية التصرف واثبات الولاية ممن لا ولاية له
باطل ثم قال وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما على قول ابي حنيفة رحمه الله شرط صحة التوكيل
كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا له فليس بشرط لا محالة حتى ان المسلم اذا وكل

[illegible]

كتاب الوكالة

[illegible]

[illegible]

الذمي ببيع الخمر وشرائه جائز عنده **قلت** فعلى هذه الرواية يجوز ان يجعل اطلاق ما ذكر من الرواية
بقوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل غيره على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله خلافا
لابي حنيفة رحمه الله كما جعل اطلاق قوله والمعاني الموجبة للغسل ثم المني على وجه الدفق والشهوة
على قول ابي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال
بان كان مريضا او شيخا فانيا او رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه **فان قيل** التوكيل صحيح
عند عدم هذه العوارض فان الرجل الصحيح الذي هو يباشر امور بنفسه لو وكل غيره صح فلو كانت صحة
الوكالة بسبب هذه المعاني لانحصرت فيها **قلنا** حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر
مع المشقة وهذا من قبيل ذلك وبالتزوج عمرو بن ام سلمة اي وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي عليه الصلاة
والسلام ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها وذكر في الصحاح وسائر الناس
اي جميعهم وسار البني لغة في سائر اي بقية لما قدمنا وهو قوله لان الانسان قد يعجز عن المباشرة
بنفسه ولما ذكره من حديث التوكيل وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا اي في الخصومات وانما
كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي ان عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز له
فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة احد الثلاثة احمق فقال عقيل اما انا وعنزي فعاقلان فلما
كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقر لكبر سنه او لانه استقصح هذه فوكل عبد الله
بن جعفر وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط وكذا بايفائها واستيفائها اي بايفاء الحقوق واستيفائها
الا في الحدود والقصاص فان التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق لان الوكيل قائم مقام الموكل
والحدود تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة الا ترى انها
لا تستوفى بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع النساء وكذلك التوكيل
باستيفاء القصاص لا يجوز ولا يستوفى في حال غيبة الموكل عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستوفيه الوكيل
لانه محض حق العباد على الحفظ والصيانة عليهم فكان لصاحب القصاص ان لا يحضر بنفسه ويوكل غيره
دفعا للضرر عن نفسه كسائر حقوقه ولكنا نقول هذه عقوبة تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم
مقام الغير كالحدود ولهذا لا تستوفى بكتاب القاضي الى القاضي وشهادة النساء مع الرجال وكذلك
التوكيل باستيفاء القصاص وتوضيحه انه لو استوفى في حال غيبة الموكل كان استيفاء مع شبهة العفو
لجواز ان يكون الموكل قد عفى بنفسه والوكيل لا يشعر به ولهذا اذا كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل ان
يستوفي لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك اما لقلة هدايته في الاستيفاء او
لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضرته استحسانا كذا في المبسوط للندب المرغب
لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص عند
غيبة الشاهد لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حق الشاهد عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل
خصوصا في حق العدول وبخلاف حالة الحضرة اي حضرة الموكل اي يجوز للوكيل ان يستوفي القصاص
حال حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي شبهة العفو وليس كل احد يحسن الاستيفاء هذا جواب السؤال
وهو ان يقال لما حضر الموكل لم يحتج الى التوكيل باستيفاء القصاص بل يستوفيه بنفسه لما انتفى الوكل
شبهة البدلية واستيفاء القصاص مما لا يجري فيه الابدال فاجاب عنه بهذا وهو ما ذكرنا
من رواية المبسوط بقوله وقد يحتاج الموكل الى ذلك اما لقلة هدايته في الاستيفاء الى اخره وهذا
الذي ذكرناه قول ابي حنيفة اي التوكيل باقامة البينة قول ابي حنيفة لا قول ابي يوسف فان عند
ابي يوسف كما لا يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص بالاجماع فكذلك لا يجوز التوكيل باثبات
الحدود والقصاص ايضا وانما قلنا ان معنى قوله وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله هذا
لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في كلها دخلت فيها حقوق الحدود
والقصاص بقوله الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن
المجلس تعين ما قلنا ان عند ابي حنيفة رحمه الله يجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة
البينة والدليل على هذا ايضا ما ذكره في وكالة المبسوط في باب ما لا يجوز فيه الوكالة فقال
واذا وكل الرجل وكيلا بطلب قصاص في نفس او فيما دون النفس لا يجوز وان وكله باقامة البينة

قوله ط

قوله ط

قوله ط

بجد الدعوى امره الامين ان يوكل وكيلا يحضر مع خصمه ليقيم عليه البينة والشاهدان اللذان ذهبا مع الا[مين]
يسألان انكار الخصم الى القاضي كما يسألان اقراره فاذا توجه اليمين عليهما او على المريض عرض الامين اليمين
فاذا عرض اليمين فابى ان يحلف عرض عليه ثلاث مرات فاذا نكل عن اليمين امره ايضا ان يوكل وكيلا يحضر مع
خصمه مجلس الحكم ويحضر الشاهدان فيشهدان عند القاضي بحضرة وكيله بنكوله عن اليمين فاذا شهدا بذلك
عند القاضي بمحضر من المدعي والوكيل حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله عن اليمين والزمه ذلك قال الشيخ
الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط القضاء بالنكول ان يكون على
فور النكول فاما غيره من المشايخ يقولون يشترط القضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول ولا يمكن للقاضي ان يقضي
بذلك النكول فكيف يصنع على قولهم قال بعضهم الامين يحكم عليه بالنكول ثم ينقل الشاهدان ذلك الى مجلس
القاضي مع وكيلهما فالقاضي يمضي ذلك فيكون هذا امضاء لذلك الحكم وقال بعضهم فان القاضي يقول للمدعي
ان يرضيا بحكم بينكما بذلك ثمة فاذا رضي بذلك بعث امينا الى الخصم الاخر فيخبره بالحكم فاذا رضي بحكم الحكم
فيهما وحكم الحكم من الخصمين بمنزلة حكم القاضي المولى فاذا حكم الحكم بينهما فان كان شيئا لا اختلاف فيه بين
الفقهاء نفذ وان كان فيه اختلاف يتوقف على امضاء القاضي فاذا امضى ذلك نفذ والقضاء بالنكول
مختلف بين الفقهاء فيتوقف النفاذ الى امضاء القاضي فاذا امضى القاضي المولى ذلك الحكم نفذ على الكل وذكر
ومن الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله الحيض المرأة اذا كانت
القاضي يقضي في المسجد وهذه المسألة على وجهين ان كانت الحائض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا الخصم
وان كانت مطلوبة ان اخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل منها التوكيل من غير رضا الطالب وان
كان الموكل محبوسا فهو على وجهين ان كان محبوسا في سجن هذا القاضي الذي دفعت الخصومة اليه لا يقبل التوكيل من
غير رضا الخصم لان القاضي يخرجه من السجن حتى يخاصم ثم يعيده الى السجن وان كان محبوسا في سجن الوالي ولا يمكنه
الخروج لاجل الخصومة يقبل منه التوكيل ويلزم ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل يملك ذلك التصرف
الذي وكل الوكيل به وقد ذكرنا في اوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة ان هذا العقد وقع على قول ابي يوسف رحمه الله
واما على قول ابي حنيفة رحمه الله ليس من شرط الوكالة ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الموكل فاما كون الموكل مالكا
لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس بشرط **فان قيل** يشكل على ما ذكره في الكتاب ما ذكره في الذخيرة لو
قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا او بعه بعبد او قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل بعبد وان لم يصح مباشرة
مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد او قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا
قلنا انما جاز ذلك التوكيل ولم يجز في مباشرته نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة
تمنع من الجواز لافضائها الى المنازعة واما اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام او شراء به
وجهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك المباشرة لانها لازمة
تفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة ثم اذا صح التوكيل ينظر بعد ذلك ان كان قد
وكله بالشراء فاشترى بغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه وان اشترى عبدا بعينه ان كان قيمة العبد المشترى
مثل قيمة هذا العبد او اقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز وان كان مقدار ما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذلك
في الوكالة في البيع كذا ذكره في الفصل العاشر من وكالة الذخيرة وقوله ويلزمه الاحكام قيل هذا احتراز
عن الوكيل فان الوكيل مما لا يثبت حكم تصرفه وهو الملك فان الوكيل بالشراء لا يملك المشترى والوكيل بالبيع لا يملك
الثمن فلذلك لا يصح توكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي المحجور والعبد المحجور فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه
فلذلك لم يصح توكيلهما لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره **فان قيل**
يشكل بهذا الوكيل فانه يملك التصرف ومع ذلك انه لو وكل غيره لا يصح **قلنا** انا نقول من شرط الصحة الوكيل
ان يكون الموكل مالكا للتصرف ولا يلزم من هذا ان كل من يملك التصرف يصح توكيله بل لا يصح لفقدان شرط اخر سواه كما
نقول من شرط وجوب الحج كون من وجب عليه مالكا للزاد والراحلة ولا يلزم من هذا ان يجب الحج على كل من يملك الزاد والراحلة
بل لا يجب لفقد شرط اخر وهو امن الطريق فكذلك هاهنا يجب ان يكون الموكل مالكا للتصرف اي على طريق الاستبداد
بغير ان يستفاد جواز تصرفه من اخر واحترز به عن هذا لان الاصل هو الاستبداد ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل
العقد وذكر في مأذون الذخيرة معنى قول محمد رحمه الله اذا كان الصبي يعقل البيع والشراء ان يعرف ان الشراء جالب
والبيع سالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا نفس الغبن ويقصده اي لا يهزل في البيع والشراء اذا وكل

[illegible]

للحر البالغ او المأذون مثلهما جاز هذا غير مختص على المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل ان يوكل من فوقه
لتوكيل العبد المأذون للحر او من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون لان التعليل بقوله لان الموكل مالك التصرف والناس
من اهل العبارة يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية وان وكل صبيا محجورا الى قوله ولا يتعلق
بهما الحقوق وكان في هذا اشارة الى انه لو كان الوكيل صبيا مأذونا او عبدا مأذونا يتعلق الحقوق بهما مع كونهما
لكن ذلك ليس مطلق منه بل فيه تفصيل ذكره في الذخيرة فقال وان كان الوكيل صبيا مأذونا . في التجارة فان كان وكيلا
بالبيع بثمن حال او بثمن مؤجل فباع جاز بيعه ولزمه العهدة واما اذا كان وكيلا بالشرا ان كان وكيلا بالشرا بثمن
مؤجل لا يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل يكون العهدة على الامر حتى ان البائع يطالب الامر بالثمن دون
الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في
المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن في المشتري انما هو يلزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا
هو معنى الكفالة والصبي والمأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكله بالشرا بثمن حال
فالقياس ان لا يلزمه الحقوق وفي الاستحسان يلزمه لان ما يلزمه ضمان الثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك والمشتري
وهاهنا الصبي بما يلزم من الضمان ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كانه اشترى
لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه ما يفيد الملك
لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بعد ذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وكذا
في العبد اذا توكل ببيع او شرى على التفصيل الذي ذكرنا في الصبي ثم اعلم ان الصبي المحجور والعبد المحجور لا
يتعلق بهما الحقوق في الكفالة فلا يقبضهما الثمن وتسليمهما اعتبار لانه ذكر في الكتاب بعد هذا في فصل السلم
في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان ممن لا يتعلق
الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه يعني اذا كان الوكيل صبيا محجورا او عبدا محجورا يعتبر قبضه لكونه عاقدا
وان كان لا يتعلق به الحقوق ثم ذكر الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير الفرق بين الصبي المحجور والعبد
المحجور في حق لزوم العهدة بعد البلوغ والحرية فقال ثم الصبي وان بلغ لا يلزمه تلك العهدة والعبد اذا عتق
يلزمه تلك العهدة لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى لا حق العبد لانه من اهل الالتزام وحق المولى
زال بالعتق اما المانع في حق الصبي حقه وحقه لا يزول بالبلوغ وهكذا ايضا ذكر في المبسوط فقال والعبد بمنزلة
الصبي الا انه اذا كان محجورا عليه يلزمه العهدة بعد العتق لان قول العبد يلزم في حق نفسه لكونه مخاطبا وانما
لا يكون ملزما في حق المولى وقد سقط حقه بالعتق واما قول الصبي المحجور عليه فليس بملزم في حق نفسه فلهذا لا يلزمه
العهدة بعد البلوغ ثم قال وان كان المأمور مرتدا جاز بيعه لانه من اهل عبارة معتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة
عند ابي حنيفة رحمه الله فان اسلم كانت العهدة عليه والا فالعهدة على الامر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو
نظير اختلافهم في تصرفات المرتد بيعا وشراء ثم نظيره عدم تعلق الحقوق بهما بل يتعلق الحقوق بموكلهما ما ذكره
الامام قاضي خان رحمه الله بقوله وقلنا بلزوم العهدة على الموكل كما في الرسول والقاضي وامينه كما اذا امر عبد
والجامع بينهما عدم الرضا والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد وقوله حقوقه يتعلق بالوكيل دون
الموكل وعن هذا ذكر في الايضاح ان للوكيل ان يوكل والحقوق التي يوجبها العقد عليه وله من شا وان وكل الوكيل
لغيره لان الوكيل اصل في الحقوق فله التفويض الى الغير وصار كالرسول بان قال رجل لاخر كن رسولي في بيع عبدي
لا يرجع حقوق العقد الى الرسول فدل ان الوكيل هو العاقد حقيقة الى اخره وذلك لان العاقد لغيره في البيع
والشرا كالعاقد لنفسه لان مباشرة العقد بالولاية الاصلية الثابتة له لانه لو كان لا ينعقد تصرفه بهذه الولاية
في محل هو مملوك للغير الا برضا المالك به والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف في المحل لا لاثبات الولاية له واذا كان تصرفه
بالولاية الاصلية كان عقده لنفسه ولغيره سواء فيما هو من حقوقه والدليل عليه انه مستغن عن اضافة العقد
الى الموكل فان الوكيل بالشرا يشتري بعينه لو لم يضف العقد الى الموكل يقع للموكل بخلاف النكاح حتى اذا اضافه الى نفسه
كان العقد له دون الموكل فعرفنا انه معبر عنه يوضحه ان الوكيل بالنكاح ليس اليه قبض المعقود عليه والوكيل
بالشرا اليه قبض السلعة وحقيقة الفرق ان كل عقد يجوز ان يستقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه كالعاقد
لنفسه وكل عقد لا يجوز ان يستقل موجبه من شخص الى شخص فالوكيل فيه يكون معبرا فموجب النكاح ملك البضع وهو
لا يحتمل النقل وموجب الشرا ملك الرقبة وهو يحتمل النقل فيجعل كان الوكيل ملكه بالشرا ثم ملكه من الموكل هذا على طريقة
الامام الكرخي رحمه الله حيث يقول بان الملك يقع للوكيل ثم ينتقل واما على طريقة ابي طاهر الدباس رحمه الله الملك يقع للموكل

ولكن

ومحمد رحمهما الله ان الابرا اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا يرى ان الموكل لا يمنعه من ذلك
ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الابرا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا ان بقبضه
يتعين ملك الامر في المقبوض وان انسد عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن لعتق المرهون
بعد اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن وان انسد باب الاستيفا من مالية العبد عليه بهذا
الاعتاق كذا ذكر في باب الوكالة بالقيام على قبض الغلة والبيع من المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب

٥ باب الوكالة بالبيع والشرا ٥

قال الشارح في ذكر ابواب الوكالات قدم ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة في الوكالة في البيع والشرا
قدم الشرا على فصل البيع لان الشرا ينبي على اثبات الملك والبيع عن ازالته والازالة انما تكون بعد الاثبات
يحتاج هاهنا الى تعريف الجنس والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحدهما يدخل
تحته اشخاص وقد ذكر في الفوايد الظهيرية محالا الى اهل المنطق الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع
اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص ومن وكل رجلا بشرا شي اي شي غير معين لان المعين لا يحتاج الى التسمية
الجنس والصفة وجه من يسميه جنسه كالجارية والعبد وصفته اي نوعه كالتركي والحبشي على ما يجي في
الكتاب وحاصل هذا ان الجهالة لا تخلو اما ان كانت في المعقود عليه وهو المبيع والمشتري او في المعقود به وهو
الثمن فالجهالة في المعقود عليه لا تخلو من ثلاثة اوجه جهالة فاحشة وهي ما كانت في الجنس مثل الوكيل بشرا
الثوب والدابة والرقيق فلا يصح سوا سمي الثمن او لم يسم لان اسم الرقيق يتناول الذكور والاناث وهما من بني
ادم جنسان مختلفان حتى لو اشترى شخصا على انه غلام فاذا هو جارية كان البيع باطلا وكذلك اسم الدابة
يقع على ما يدب على وجه الارض ودليله قوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها وجهالة يسيرة
وهي ما كانت في النوع المحض كالتوكيل بشرا شاة او بقرا او فرس او ثوب هروي او جارية تركية او هندية
وهو يصح بين الثمن او لم يبين وجهالة متوسطة بين هذين وهي الجنس والنوع كالتوكيل بشرا عبد او جارية
او دار او لولوة فهذه الاسما ملحقة بالجنس من وجه لان اختلاف العبيد والجواري اكثر من اختلاف سائر الانواع
وعادة الناس في ذلك مختلفة فاذا لم يسم الثمن والصفة الحق بمجهول النوع وهو ان العبيد جنس واحد
باعتبار منفعة العمل اجناس مختلفة باعتبار منفعة الجمال فان منفعة الجمال مطلوبة من بني ادم ولهذا تحمل
في هذا الوجه من بني ادم لرؤية الكل في اسقاط خيار الرؤية وفي هذه المنفعة تختلف التركي والهندي اختلافا
فاحشا وكان جنسا واحدا من وجه دون وجه فالحقناه بالجنس الواحد عند بيان الثمن او الصفة وبالجنس
المختلف اذا لم يبين احدهما عملا بالشبهين واما الجهالة في المعقود به لا تمنع صحة التوكيل حتى ان من وكل بشرا
شي من اعيان ما له جاز وان لم يبين وكان له ان يبيع باي ثمن شا عند ابي حنيفة رحمه الله لان المقصود به
اكتساب المالية والاجناس كلها في المالية سوا فمن هذا الوجه يتحد الجنس ولا يختلف واما المختلف المعقود
عليه المالية كما هي مقصودة فمرافق اخر مقصودة كاللبس والركوب وباعتبارها يختلف الجنس اختلافا فاحشا
فيمنع الوكالة عند اختلاف الجنس لذلك ولهذا قلنا انه لا يشترط بيان الجنس ولا بيان النوع في المضاربة
لان المقصود بها اكتساب المالية والانواع والاجناس سوا في اعتبار المالية كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي رحمهما
الله والاصل ان الجهالة اليسيرة تحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا وانما قيد بقوله استحسانا لان
القياس ان لا تحمل الوكالة الجهالة وان قلت وذكر في المبسوط وان سمي الجنس والنوع ولم يبين الصفة جاز
ذلك سوا سمي الثمن او لم يسم وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز ما لم يبين الصفة ووجه القياس ان
التوكيل بالبيع والشرا معتبر بنفس البيع والشرا فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه الا ترى انه لو حصل الوكيل
مشتريا لنفسه ثم البايع من الموكل وكان بشر المريسي رحمه الله ياخذ بالقياس الى ان نزل به ضيف فدفع درهما
الى انسان لياتي بالرؤوس المشوية فجعل يصفها له فعجز عن اعلامه بالصفة فقال اصنع ما بدا لك فذهب
الرجل واشترى الرؤوس وحملها الى عياله وعاد الى بشر بعد ما اكلها مع عياله فقال له اين ما قلت لك قال
قلت اصنع ما بدا لك وقد بدا لي ما فعلت فرجع عن قوله واخذ بالاستحسان ووجه الاستحسان ما روي
ان النبي عليه الصلوة والسلام انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام وامره بان يشتري له شاة الاضحية ولم يبين
صفتها ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق على ما
ذكر الكتاب المولد خادمه زاد وذكر في المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الاسلام الوسط مع الوسط كالعدة والوعد

والعظة والوعظ فإن التاء عوض في آخرها عن الواو الساقطة من أولها في المصدر دون الفعل من حد نحو
درهميان شدن ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة ابي دان بين الثمن وقد ذكرناه ولما
بطلت الوكالة كان الشرا واقعا على الوكيل وبه صرح في شرح الجامع الصغير فقال رجل امر رجلا ان اشترى له
ثوبا او دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة وكذا الدار لا يصح التوكيل بشرا الدار مطلقا
وذكر الامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير والدار ايضا بين الجنس والنوع لانها تختلف بقلة المرافق
وكثرتها فان بين الثمن يلحق بجهالة النوع وان لم يبين يلحق بجهالة الجنس وعلى قول المتاخرين يشترط بيان
المحلة لانها تختلف باختلاف المحال وما سمي من الثمن يوجد الدار في كل محلة وكذا لو قال اشتر لي حنطة لا يصح
ما لم يبين عدد القفزان او الثمن لان هذا الاسم يتناول القليل والكثير وان سمى ثمن الدار ووصف جنس
الدار والثوب جاز معناه نوعه ويقيد بذكر نوع الدار يخالف لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان
يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك على الامر وقال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن يصير معلوما
عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتاخرون من مشايخنا رحمهم الله يقولون في ديارنا
لا يجوز الا ببيان المحلة وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا اي يصح التوكيل بشرا الحمار وان لم يسم الثمن
لان الجنس صار معلوما بالتسمية وان بقيت الجهالة في الوصف فصح الوكالة بدون تسمية الثمن قال رحمه
لان ذلك والحمير انواع منها ما يصلح لركوب العظما ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه **قلنا** هذا اختلاف
الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي اذا امر انسانا ان يشتري له
حمارا ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب والاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما اذا امر العالم
بذلك كذا في المبسوط وصرح فيه بان التوكيل بشرا الحمار بدون ذكر الثمن جاز وجه الاستحسان ان العرف
الملك اي ادري وهو على ما ذكرناه اي العرف في شرا الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبايع الطعام
في الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار المقيد الثابت بالعرف كالثابت بالنص
كذا في المبسوط وقوله وقيل وان كثرت الدراهم فعلى الحنطة الى آخره ليس بقول يخالف للاول بل هو داخل
في الاول ولكنه اشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعدما ذكرنا قلنا ان قل الدراهم فله ان
يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة
وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف
التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها ويحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث
لا يشتري بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال القدوري رحمه الله اذا وكل
الرجل بيد احد وليمة نعلم ان شراءه من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز
على الامر ثم ما ذكره من انصراف اسم الطعام الى الحنطة ودقيقها في الشرا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة
ودقيقها سوق الطعام فاما في عرف غير اهل الكوفة التوكيل ينصرف الى شرا كل مطعوم وبعض مشايخ ما ورا
النهر قالوا الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فينصرف
التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قاله الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا في الذخيرة فان سلمه الى
الموكل لم يرده الا باذنه وهذا لان الوكيل بالشرا في حق الحقوق اصيل كانه عقد بنفسه وفي عقد الملك
نايب ورسول على اصح الاقوال وشبه النيابة لا يطلق له الرد من غير استطلاع راي الموكل فعملنا بشبه
الاصالة قبل الدفع الى الموكل لتمكننا العمل بالشبهين ولو عملنا بشبه النيابة قبل التسليم الى الموكل وفيه ازالة
ملك الموكل بغير رضاه لزمنا العمل بالشبهين بشبه النيابة قبل التسليم الى الموكل وبعده ازاله ملك الموكل وبه
حينئذ يبطل العمل بالشبهين فلذلك حملنا على الوجه الذي قلنا لتمكننا العمل بالشبهين فلو رضي الوكيل بالعيب
وابرا البائع عن العيب صح الابرا وهذا الجواب ظاهر على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الرد بالعيب من حقوق
العقد والوكيل اصل في حق الحقوق الا ترى ان الوكيل بالبيع يملك ابرا المشتري عن الثمن عندهما فالوكيل
بالشرا يملك ابرا البائع عن العيب ايضا واما على قول ابي يوسف رحمه الله فان ذلك ليس بصحيح والفرق ان
الوكيل بالشرا والبيع اصل من وجه فاعتبرنا جهة الاصالة في حقوق لا تضر بالموكل في المطالبة بتسليم المبيع
والثمن وما اشبه ذلك فاعتبرنا جهة النيابة في حقوق تضر بالمالك والابرا عن الثمن يضر بالمالك لان
قبل هذا كان الثمن في ذمة المشتري وبعد الابرا يصير الثمن في ذمة الوكيل وربما يكون المشتري املا اما الايا

او الوكيل في القبض عامل للآمر ويصير الآخر بقبض الوكيل قابضاً حكماً لما مر بعينه منه فاذا هلك هلك
من مال الآمر وللوكيل ان يرجع عليه بما اتى بخلاف ما اذا امتنعه لانه صار مشتريا الدين او لان بالمنع تبين
انه كان في القبض عاملا لنفسه لا للآمر قلنا هذا اشارة الى كونه الموكل قابضا بقبض الوكيل في قوله
فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان المبيع عند محمد رحمه الله وضمان
الغصب عند زفر رحمه الله وصورة ظهور ثمرة الاختلافات ما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة
المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل عند من يقول بضمان الرهن ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول
بضمان الغصب او المبيع ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل في الوكيل بخمسة عند
من يقول بضمان الغصب ويسقط الثمن كله ولا يجب شي عند من يقول بضمان الرهن المبيع **فان قيل**
لما ثبت المبادلة الحكمية بين الوكيل والموكل في اصلنا فمن اين وقع الفرق بين الوكيل هاهنا وبين المشتري
في حق الشفيع مع ان صفقة المشتري انقلبت الى الشفيع حكما عند ثبوت الشفعة للشفيع على ما يجي في الشفعة
ان شاء الله تعالى وكان المشتري في الشفعة مع الوكيل بالشراء هاهنا متوازيين **قلنا** ذكر ذلك
الفرق في وكالة المبسوط فقال في البايع اذا اجل الثمن عن المشتري لم يكن للمشتري ان ياخذ من الآمر بمنزلة
ما لو اشترى بثمن مؤجل لم يرجع على الآمر قبل حلول الاجل وهذا لان الوكيل انما يستوجب على الآمر مثل ما وجب
للبايع عليه بصفقته وهذا بخلاف الشفيع مع المشتري فان الاجل الثابت في حق المشتري لا يثبت في
حق الشفيع لان الشفيع انما يملك المبيع بعقد جديد سوى عقد المشتري فالاجل المذكور في عقد لا يثبت في عقد لم
وهاهنا الموكل انما يملك من ذلك العقد الذي باشره الوكيل والاجل ثابت في حق الوكيل بحكم ذلك
العقد فيثبت في حق الموكل ايضا **فان قيل** لو كان مباشرة الموكل لوجب ان يكون ابرا الوكيل البايع عن الثمن
بمنزلة ابرا الموكل حتى لا يرجع الوكيل على الموكل عند ابرا البايع بمنزلة ابرا الطالب الكفيل بل يرجع الوكيل هاهنا
على الموكل وان ابراه البايع **قلنا** ان ابرا الوكيل ان لم يمنعه عن الرجوع الى الموكل لان ثبوت حق الرجوع
له بالشرا لا بالادا بخلاف الكفيل اذا ابرا لا يرجع على الاصيل لان ثبوت حق الرجوع له بالادا ويملكه ما في ذمته
وذلك بالابرا لا يحصل كذا في وكالة المبسوط لانه منع بغير حق اي اصل مذهب زفر رحمه الله انه مضمون بالحبس
للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا قبل الحبس بل امانة وهذا للفرق بين هذا وبين المبيع في
يد البايع كما هو قولهما فان المبيع في يد البايع مضمون ابتدا قبل الحبس ولعدم سبب البيع لا بسبب الحبس وهنا
مضمون بسبب الحبس وقبله وكان هذا نظير الرهن لا نظير المبيع رده الموكل الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه يصير
للوكيل من لحم بباع عشرة ارطال بدرهم اي اذا كانت عشرة الارطال من ذلك اللحم تساوي قيمته درهما
وانما قيده لانه اذا كانت عشرة الارطال من ذلك اللحم لا تساوي درهما نفذ الكل في الوكيل بالاجماع كذا في
الذخيرة لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله **فان قيل** ينبغي ان لا يلزم الآمر عشرة
بنصف درهم عند ابي حنيفة لانه هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وهو قد وكله بشرا عشرة قصدا
وسائل هذا الاعتراض على قول ابي حنيفة رحمه الله كما اذا قال لرجل طلق امراتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع واحدة
لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لا يثبت لعدم التوكيل به ولا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له **قلنا** ذلك
ساير الطلاق لان المتضمن لم يثبت اصلا لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه لان الثناه
براءة الموكل لا مراة الوكيل واما هاهنا اذا لم يثبت الشرا من الموكل بل يثبت من الوكيل لان الشرا اذا وجد نفاذا لا يتوقف
ينعقد على الوكيل كما في ساير الصور التي خالف الوكيل بالشرا فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه
وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى خير فلا يكون مخالفة
فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على اجزا المبيع وحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشرا لذا انقل من الامام
المحقق مولانا حميد الدين رحمه الله وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ القدوري رحمه الله وقول محمد رحمه الله لم يذكر
خلاف في الاصل اي في وكالة المبسوط في اخر باب الوكالة بالبيع والشرا منه فقال فيه لزم الآمر عشرة منها
بنصف درهم والباقي للمامور لانه امره لشرا قدر مسمى فاذا زاد على ذلك القدر لم يثبتا وله امر فكان مشتريا
لنفسه في القدر الذي تناوله امره فقد حصل مقصوده وزيادة منفعة بالشرا فلما سمى له فكان مشتريا
للآمر بنصف درهم ما عليه اي شرا الزيادة على الوكيل وشرا العشرة على الموكل **فان قلت** ما الفرق
بين هذا وبين ما ذكره في الدخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو انه اذا امر ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة

فاشترى له هو وبين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما وهناك انما حصل مقصود الامر وزاد فيه خيرا حيث اشترى له ما امره بان يشتري بعشرة اشترى له بخمسة ومع ذلك لا ينفذ ما اشتراه على الامر في شيء منهما فكيف ينفذ هاهنا شرا العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كذا اختاره صاحب المحيط لما انه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات ان يكون من ذوات الامثال وفي ذوات الامثال لا تتفاوت القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان ذلك اللحم مما يباع عشرة ارطال منه بدرهم ولما كان كذلك كان للوكيل ان يحصل للموكل في عشرة ما طلب الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يتعين حق الموكل فيثبت حصة مجهولا فلا ينفذ على الامر لذلك والى هذا اشار في التعليل في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه حصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولو وكل ليشتري له بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه سواء نوى عند العقد الشرا لنفسه او صرح بالشرى لنفسه بان قال اشهد اني قد اشتريت لنفسي الا اذا خالف في الثمن الى الخير او خالف الى جنس اخر غير الذي سماه الموكل هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشرا لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في التتمة ووضع المسالة في العبد في الذخيرة حيث قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه حتى اتى به على موافقة الامر وقع الشرا للموكل نوى او لم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا فاشهد انه اشترى لنفسه فانه يكون مشتريا لنفسه لانه عزل نفسه بمقتضى الاقدام على الشرا لنفسه وله عزل نفسه حال غيبة الموكل ولو اشتراه الوكيل باكثر من الثمن الاول وبجنس اخر فانه يصير مشتريا بالنفسه لان هذا الشرا داخل تحت الوكالة وما لم يدخل تحت الوكالة فالحال فيه بعد الوكالة كالحال قبلها واما الشرا بمثل الثمن المامور به داخل تحت الوكالة وما يفعله الوكيل في موافقة الامر فانه يقع له كيف نوى او لم ينو حتى نعيد التوكيل بوجه ولو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه اي في هذه الصورة وهي اذا وكله لشرا شي بعينه **فان قيل** ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امراة بعينها انه اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المامور به يصح فيقع النكاح على الوكيل دون الموكل مع انه لم يخالف فيما امر به من المهر **قلنا** الفرق فيه هو ان النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت الوكالة لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح يضيف النكاح الى موكله فيقول زوجتك لفلان فاذا قال زوجتك لم يات بالنكاح المامور به فينفذ على الوكيل فاما الداخل تحت الوكيل بشرى شي بعينه شرا مطلقا بمثل الثمن المامور به لا بالشرا المضاف الى الموكل وقد اتى بذلك والوكيل اذا اتى بما دخل تحت الوكالة فانه يقع لموكله فان كان قد وكل الوكيل رجل اخر ليشتري هذا الشي المعين ايضا فاشتراه الوكيل الثاني فهو للموكل الاول دون الموكل الثاني لان الوكيل لشرى شي بعينه لا يملك الشرا لنفسه عند الثمن المامور به ولا يملك لغيره بالطريق الاولى لانه يتصرف على نفسه بولاية اصلية وعلى غيره بولاية عارضة والولاية الاصلية اقوى من العارضة كذا في الذخيرة ولا يملك على ما قلنا اي ولا يملك الوكيل عزل نفسه عند غيبة الموكل ولا يخرج عن الوكالة بعزله نفسه من غير علم الموكل كذا في الذخيرة ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا **فان قيل** ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشرا والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او بغير حضرته فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل الوكيل رجلا فطلق او اعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية في التتمة والذخيرة **قلنا** قد ذكرت وجه الفرق في بعض الحواشي بان الطلاق والعتاق بعبارته فلا يرى ذلك الشرط بعبارة الاخر بخلاف البيع ونحوه فانه من الاثباتات فلا يحتمل التعليق بالشرط ولم يكن البيع معلقا بعبارته فلا يرى ذلك الشرط بعبارة الاخر بخلاف البيع ونحوه فانه من الاثباتات فلا يحتمل التعليق بالشرط ولم يكن البيع معلقا بعبارته بل المراد منه وجود البيع ونحوه بعلمه وفي تبع وكتبه عن انه يوجد ذلك فيصح الا ان هذا التعليل ينتقض بمسالتين احداهما ما ذكر في المبسوط في باب توكيل الزوج بالطلاق من كتاب الوكالة بقوله ولو وكله بطلاقها فابى ان يقبل ثم طلقها لم تطلق فقال لان الوكالة ارتدت برده فلو كان التوكيل بالطلاق بمنزلة التعليق بعبارته لما صح الرد منه والثانية هي صحة عزل الوكيل بالطلاق والعتاق وان الرجل اذا وكل رجلا بطلاق امراته او بعتاق عبده على مال او على غير مال فللموكل ان يعزله

وذكره في وكالة المبسوط ايضا وذكر في وكالة التتمة ولو قال لامراته طلقي ضرتك فلو كان هذا بمنزلة التعليق لما تمكن الوكيل بالطلاق والعتاق لما صح عزله والصحيح من الفرق ما ذكره في الذخيرة فقال ان الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لان العمل بحقيقة الوكالة متعذر لان التوكيل لتفويض الراي الى الوكيل وجعله بمنزلة المالك وتفويض الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي والطلاق المفرد والعتاق المفرد لا يحتاج فيهما الى الراي فيتعذر العمل بما تقتضيه حقيقة الوكالة فجعلناها مجازا عن الرسالة لان الوكالة تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المامور مامورا بنقل عبارة الامر الى شي اخر وتوكيل الاخر والاجازة ليس من النقل في شي فلذلك لم يملك التوكيل فاما في البيع والنكاح وغيرهما العمل بحقيقة الوكالة ممكن لان البيع ونحوه مما يحتاج فيه الى الراي فاعتبر المامور وكيلا والوكيل بمنزلة المالك من حيث ان الراي مفوض اليه والمالك كان يملك مباشرة البيع بنفسه ويملك الاجازة فكذا الوكيل **قوله** رحمه الله لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا وذلك لانه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد الا ترى ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد بحضرتها جاز فيجعل كانها هي التي باشرت العقد فكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا في المبسوط وفي مسالة توكيل الوكيل بعد هذا ان اضافة العقد الى دراهم الامر كان للامر ووضع المسالة في المبسوط في الدنانير حيث قال فان قيل الشرا لا يتعلق بتلك الدنانير فشرا الوكيل بها وبغيرها سوا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ قلنا لا نقول يتعلق الشرا بتلك الدنانير وانما تنعقد الوكالة بها والوكالة تتقيد بالمال المضاف اليه الا ترى انه لو هلك قبل الشرا به بطلت الوكالة واذا تعلقت الوكالة بتلك الدنانير لم يكن الشرا بغيرها من موجبات الوكالة على ان الشرا لا يتعلق بالدنانير المضاف اليها نوع تعلق الا ترى ان من اشترى بالدنانير المغصوبة ونقدها طاب له الفضل بخلاف ما اذا اشترى بغيرها ونقدها دون النقد من ماله اي دون الاعطا من مال الموكل لان فيه تفصيلا اي لان في النقد تفصيلا بعد ان اشترى بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشرا للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشرا للوكيل وخلافا اي فيما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشرا انه اشتراه للموكل او للوكيل فعلى قول محمد رحمه الله العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد على ما يجي وهذا بالاجماع اي لو اضاف العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع وهو مطلق اي قوله او يشتريه بمال الموكل مطلق غير مقيد في انه في حالة الشرا اضاف العقد الى دراهم الامر او لم يضف فيحمل ذلك المطلق على هذا المقيد وهو انه اراد بقوله او يشتريه بمال الموكل اضافة العقد الى دراهم الموكل بقرينة الدلالة وهي دلالة الاجماع فان في فصل الاضافة الى دراهم الموكل اجماعا على ان الشرا يقع للموكل واما في النقد من مال الموكل خلاف وفي الاضافة الى دراهم الوكيل تكون للوكيل بالاجماع وذكر في الذخيرة الوكيل بشرا شي بغير عينه اذا اشترى ما وكل به بمثل الثمن الذي هو داخل في الوكالة ثم ادعى بعد ذلك انه اشترى لنفسه او لموكله فان لم يكن الثمن مدفوعا اليه يصدق وان كان الثمن مدفوعا اليه فان اضاف الشرا اليه فالشرا للموكل ولا يصدق الوكيل في قوله اشتريت لنفسي الا ان يصدقه الموكل وان اضاف الشرا اليه ونقد من غيره فكذلك الجواب وللوكيل ان يحبس المنقود لنفسه استحسانا وان اضاف الشرا الى غيره ونقد منه فالشرا يقع للوكيل بحيث الظاهر حتى لا يصدق الوكيل في انه اشتراه للموكل فاذا نقد من مال الموكل يصير ضامنا الا ان يصدقه الموكل فيما قال وان اشترى بدراهم مطلقة فهو على وجهين ان اشترى حالا اعتبر النقد ان نقد من دراهم الموكل فالشرا للموكل وان نقد من مال نفسه فالشرا له وان لم ينقد يرجع في البيان الى الوكيل ويعتبر بيانه وان اشترى مؤجلا فالشرا يكون للوكيل حتى لو ادعى الشرا بعد ذلك للموكل لا يصدق الا ان يصدقه الموكل وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله مسالة الوكيل بالسلم وحملها على وجوه ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم الامر فالعقد للامر وان نواه لنفسه وان اضاف العقد الى دراهم نفسه فالعقد له وان نواه للامر وان عقد العقد بعشرة مطلقة فان تصادقا انه نواه للامر فهو للامر وان نقد دراهم نفسه بعد ذلك وان تصادقا انه نواه لنفسه فهو له وان نقد دراهم الامر بعد ذلك وان اختلفا في النية فادعى الوكيل انه نواه لنفسه وادعى الموكل انه نواه له فانه ينظر ان نقد دراهم الموكل

[illegible]

يقع العقد للموكل وان نقد دراهم نفسه يقع العقد له وان تصادقا على انه لم يحضره النية فعلى قول
محمد رحمه الله العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد **قوله** رحمه الله حملا لحاله
على ما يحل له شرعا متصل بقوله ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعني انه اذا اضاف العقد الى
دراهم الآمر ينبغي ان يقع للآمر لانه لو لم يقع للآمر كان واقعا للوكيل فلو وقع العقد للوكيل عند اضافة
العقد الى دراهم الآمر كان الوكيل غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا ويفعله عادة يتخطون على قول
يعني يحل له يعني ان العادة جرت بان الشرا اذا كان مضافا الى دراهم معينة ان يقع الشرا لصاحب الدراهم
لان المشتري اذا اشترى لموكله يشتريه مطلقا من غير اضافة الى دراهم نفسه وهذا لما اضاف العقد الى
الدراهم يقع العقد لصاحب الدراهم حملا لفعله على وفق العادة وحاصله انه اذا اضاف العقد الى دراهم
الآمر يكون للآمر ولو قلنا بان الشرا واقع للوكيل فيه كان حملا لامر الوكيل على ما لا يحل شرعا وهو الغصب
وذلك لا يجوز وكذلك لو اضاف العقد الى دراهم نفسه يكون له لانا لو قلنا بان الشرا واقع للموكل كان حملا
لامره على خلاف العادة وهو ايضا لا يصح لان الاصل هو وفاق العادة فلهذين الوجهين حكمنا الشرا لصاحب
الدراهم حتى وقعت الاضافة الى الدراهم يحتمل الوجهين اي يحتمل ان يقع الشرا للآمر ويقع للوكيل وفيما قلنا
حمل حاله على الصلاح ويكون لا يصير الوكيل غاصبا دراهم الموكل في التوكيل بالاسلام في الطعام على هذا
الوجه اي وفاقا وخلافا واعاد لفظ هذا مع ان حكم التوكيل بالاسلام يستفاد من بيان حكم التوكيل بشرا
الحكم بعض لقول بعض مشايخنا رحمهم الله فانهم قالوا في مسالة الشرا اذا تصادقا انه لم يحضره النية
فالعقد للوكيل اجماعا ولم يحكم العقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسالة
التوكيل بالاسلام في الطعام على هذا الوجه اي وفاقا وخلافا وهذا القايل فرق بين مسالة
الشرا وبين مسالة السلم وهي مسالة السلم على قول ابي يوسف والفرق ان للعقد اثرا في نقض
السلم فانه اذا لم ينقد راس المال يبطل السلم فاذا جهل من نقد العقد عليه وجب اضافته ذلك
بالنقد واما ليس للنقد اثر في نقض الشرا حتى يستبان من نقد عليه الشرا بالنقد فاعتبرنا العقد
واقعا للعاقد عملا بقضية الاصل كذا في الذخيرة وفرق ابو يوسف رحمه الله بين هذا وبين المامور
بالحج عن الغير اذا اطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة والعبادات
لا تتادى الا بالنية وكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا لترك ما هو
الشرط اما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقى حكم عقده
موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من مبسوط المبسوط لان في الوجه الاول وهو ما اذا لم
يكن الثمن منقودا الى الوكيل اخرجها لا يملك باستئنافه اي استئناف العقد لان العبد ميت والكلام
فيه والعبد الميت ليس بمحل العقد الشرا ولما لم يملك الوكيل استئناف الشرا فيه كان قول الوكيل
باني قد فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل بالثمن وهو منكر فكان القول قول الموكل وعن
هذا وقع في بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو يريد الرجوع بالثمن فوجهه اي لا يملك الوكيل
استئناف سبب الرجوع بالثمن وهو العقد بعد موت العبد واما ما ذكر وهو الرجوع ولم يقل وهو
العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة
وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكر المسبب وارادة السبب وجاز هذا لان الرجوع
بالثمن على الآمر مختص بالشرا لاجل الآمر لانه يملك استئناف الشرا لان العبد حي والحي محل للشرا فيملك ان
يشتريه في الحال لاجل الآمر **فان قيل** الشرا لا يتوقف بخلاف البيع ولما وقع شراؤه اولا للوكيل
حتى اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل **قلنا** يملك استئناف الشرا اذا يرفع التصور فتصور ان يفسخ
الوكيل الشرا مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل فصل قوله اي قوله اشتريت لك سلك الالف عندا
فات عندي تبعا لذلك اي تبعا لخروج الوكيل عن عهدة الامانة التي هي الالف المنقودة ولانه في يده
هاهنا اي فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود الى الوكيل ولم يوجد المتبوع وهو كون الوكيل امينا
نحو الالف المنقودة فلا يوجب التبع وهو قبول قوله بطريق التبعية لخروج الوكيل عن عهدة الامانة
فلذلك لا يقبل قوله هاهنا بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا الى الوكيل لانه اخبر عن ما يملك استئنافه
في الحال ولا تهمة فيه **فان قيل** الولي اذا اقر بتزوج الصغير لا يقبل عند ابي حنيفة مع انه يملك

كالامانة والدراهم والدنانير يتعينان في الامانات وكما يتعين على ما لا يتعين وفائدة التقرر والتسليم
على قول عامة المشايخ رحمهم الله تظهر في ان احدهما يتوقف على الوكالة بقا الدراهم المنقودة فان لم يعرف
الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراه حال قيام الدراهم في يد الوكيل
والثاني قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما يوجب للوكيل على الموكل وهذا لان شرا الوكيل يوجب دينين
دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل قلت ولما كان كذلك انهما لا يتعلقان دعوى ابي حنيفة رحمه
الله بان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات كالا يتعينان والدليل على هذا ما ذكره في الرجبين ايضا
عليهما في هذه المسالة فقالا هما يقولان بان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات لا يتعينان
في الاربعة الاخرى ان من وكل رجلا ان يشتري له بهذه الالف عبدا او جارية وهلك الالف في يد الموكل
لا تبطل الوكالة ولو تعلقت الوكالة بعينها لبطلت كما لو قال اشتر لي بهذه الحنطة او بهذه العروض عبدا
فهلك العروض وهلكت الحنطة في يد الموكل واذا لم يتعين الدراهم والدنانير في الوكالات لغت الاضافة
اليها وعند عدم الاضافة الجواب كما قلنا فها هنا كذلك وابو حنيفة يقول امره بتمليك الدين من غير من عليه
الدين وتمليك الدين من غير من عليه لا يصح فالامر به لا يصح ايضا بخلاف ما اذا عين البايع الى اخره فالامر لا يصح
بخلاف ما اذا عين البايع الى اخره ثم اشتهلك انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان
الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضي خان في السلم من نوع
الوكالة وقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم اشتري بها ثوبا وقد سماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل
واشترى ثوبا للامر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للامر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت
الوكالة بهلاكها ولو اشترى للامر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للامر ونقد الثمن من مال نفسه وامسك
دراهم الامر كان الثوب للامر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث او الوصي اذا قضى دين الميت بمال
نفسه او اسقط بان ابرا الدين بعد التوكيل بشرا العبد بذلك الدين بطلت الوكالة **فان قيل** ينبغي
ان لا تبطل الوكالة لان الوكالة لما لم تصح مضافة الى هذه الدراهم بسبب انه تمليك الدين من غير من عليه
الدين تعينت الوكالة مطلقة **قلنا** الوكالة ما صدرت مطلقة بل مقيدة بهذه الدراهم لان الولاية انما
تستفاد من الامر والامر قيد الوكالة بهذه الدراهم التي هي دين ثم تبطل الوكالة اصلا ببطلان الدين كما
اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من اخر شيئا بذلك الدين الذي
له على عمرو لا يجوز فكان بعد بين كما اذا اشترى المشتري شيئا بدين على غير نفسه ووضع هذا المبسوط في السلم
قال يوضحه انه يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يامره به من التصرف وهو بنفسه لو اسلم الدين الذي له
على زيد الى عمرو في طعام لا يجوز فكذلك اذا وكل المديون بان يفعل ذلك وبه يظهر الفرق بين الدين والعين
ذكره في باب الوكالة في السلم من نوع المبسوط او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض فقبله اي قبل
القبض اي لا يملك قبل القبض والمراد من الصرف الدفع لا بيع الصرف اي توكيل المديون بشرا شي لرب
الدين في ذمة الوكيل كان امرا من رب الدين للمديون بما لا يملكه رب الدين فكان باطلا لان امر الانسان
بصرف ما لا يملكه الموكل باطل للمامور وانما قلنا ذلك لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض
لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فكان ما ادى المديون الى البايع او الى رب الدين ملك المديون
ورب الدين لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان امر رب الدين للمديون بالدفع الى البايع
امرا بما لا يملكه فكان باطلا او في المبسوط ولابي حنيفة رحمه الله ان رب الدين امره بصرف الدين الى
من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع ما لي عليك من الدين الى من شئت والعقد في البحر
لان باطلا وبه فارق العين فانه لو قال ادفع ما لي في يدك الى من شئت او العقد في البحر كان صحيحا
ووجه الفرق بينهما ان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه وهو في تصرفه وذلك نفسه بالدفع الى الغير
يحتاج الى اذن الامر وكان وجود امره كعدمه فاما في العين فتصرفه في ملك الغير ولا يملك ذلك
الا باذن من له الحق وهذا بخلاف ما اذا عين المسلم اليه او البايع فكان امره معتبرا في توكيل ذلك الرجل
بالقبض له او لا ثم لنفسه اما ها هنا لا يمكن اعتبار امره في توكيل بقبضه لانه توكيل المجهول وذلك
باطل وان كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة لانها مخالفة الى شر فيلزم الوكيل دون موكله وان كانت قيمتها
الفا فعنده انما يخالفان هذا الدفع شبهة ذكرها في بعض شروح الجامع الصغير وهي **فان قلت** فلما

كانت الجارية تساوي الفا ينبغي ان يلزم الامر سوا قال الوكيل اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف
فقد وافق امر الامر لان الكلام فيما اذا امر بان يشتري له بالالف جارية وكذلك ان اشتراها بخمسمائة ان يلزم
الامر لانه خلاف الى خير وهو لا يكون مخالفة فان من وكل وكيلا بان يشتري له جارية بالف درهم فاشترى له
جارية تساوي الف درهم بخمسمائة درهم يلزم الامر **قلت** المراد بقوله القول قول الامر انهما يتحالفان اذا
كانت تساوي الفا فاذا حلفا كانت الجارية للمامور لان الوكيل بالتزام الموكل نزل منزلة البايع مع المشتري
وصار كانه اشتري لنفسه ثم باعه من الامر والاختلاف في الثمن بين البايع والمشتري يوجب التحالف فان تحالفا
يفسخ البيع المعنوي الذي جرى بين الوكيل والامر فيبقى الجارية للمامور كذا في الجامع الصغير لقاضي خان
رحمه الله وصدر الاسلام وغيرهما فيكون التحالف هاهنا وهو قول الفقيه ابي جعفر لانه ارتفع الخلاف بتصادق
البايع فيحمل بتصادقهما اي بتصادق البايع والوكيل منزلة انشا العقد كما انشا العقد كانت الجارية
للامر فلذا هاهنا وقيل يتحالفان وهو قول الامام ابي منصور وذكر معظم يمين التحالف وهو يمين
البايع اي المامور لانه بايع تقديرا في حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين التحالف لان البايع وهو
المامور هنا مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف اما المشتري وهو الموكل هنا فمنكر فعلى المنكر اليمين
على كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف كان يمينه اعظم اليمينين ثم لما وجب اليمين على البايع
وهو المدعي كان واجبا على المشتري المنكر وهو الامر اولى وهو معنى التحالف وذكر فخر الاسلام رحمه
الله في الجامع الصغير ولو ان المراد هو التحالف للزمت الامر ان الامر اذا حلف صار الشرا بخمسمائة
والجارية تساوي الفا فانها تلزم الامر فثبت بهذا انه اراد بقوله ويلزم الجارية المامور انهما يتحالفا
فاذا تحالفا نقض ملك الامر ولزمت الجارية المامور والبايع بعد استيفا الثمن اجنبي عنهما هذا جواب
لتعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر فقال البايع اجنبي ولا يعتبر بتصديقه
اما بعد استيفا الثمن فهو اجنبي عن الامر والمامور لانه لم يبق له معهما شغل واما قبل استيفا الثمن فهو
اجنبي عن ~~الامر والمامور~~ الموكل فلا يصدق على الموكل وهو اظهر اي قول الامام ابي منصور وهو القول
اظهر ولكن حمل الامام قاضي خان رحمه الله قول الفقيه ابي جعفر في الجامع الصغير اصح وذكر الامام المحبوبي
في الجامع الصغير بعد هذا وقال هذا اذا اتصادقا على الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل
امرتني بالشرا بالف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الامر مع يمينه ويلزم العبد المشتري دون الامر
لان الامر يستفاد من جهته فكان القول لقوله فان اقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لما فيها من زيادة
الاشارة **فصل** في التوكيل بشرا نفس العبد فصل مسايل العبد نفسه من مولاه من
فصل التوكيل بالشرا بالفصل مع انه شرا صورة لان ذلك في الحقيقة اعتاق فلما خالفت مسايل التوكيل
بالشرا معنى فصلها والحقها مسايل التوكيل بالشرا لانها تشابهها صورة ثم الالف واللام في قوله
في التوكيل بشرا نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل وذلك الفاعل
العبد بالنظر الى المسالة الاولى اي توكيل العبد الاجنبي لشرا نفسه والاجنبي بالنظر الى المسالة الثانية
اي توكيل الاجنبي العبد لشرا نفسه واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف فاشتراه الوكيل
فهو على وجهين اما ان اضاف الشرا الى العبد بان قال اشتريت منك عبدك لعبدك بالف درهم او اضافه الى
نفسه بان قال اشتريت عبدك بالف درهم ففي الاول ان اجاز المولى يعتق العبد والولا للمولى والالف
على العبد دون المامور لانه متى اضاف العقد الى العبد فقد حصل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول
في البيع بخلاف الوكيل والمامور فان حقوق العقد ترجع اليهما كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله وان
اشتراه لنفسه اي لنفس العبد لان اللفظ حقيقة للمعاوضة اي لان قوله اشتريت عبدك بالف درهم
موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق وامكن العمل بها اي بحقيقة المعاوضة اذ المرسل اي لم
يقل اشتريت عبدك لاجل عبدك فيحافظ عليها اي على المعاوضة بخلاف شرا العبد نفسه حيث يحمل هو على
وجه الوكوف فانه لما حمل لفظ الشرا للمعاوضة حقيقة ينبغي ان يحمل على حقيقته ايضا كان ولم يحمل اللفظة
على المعاوضة فيما اذا اشترى العبد نفسه من مولاه بل حمل على الاعتاق بيدل لان المجاز فيه متعين اذ المجاز
وهو كون الشرا مستعارا للاعتاق في شرا العبد نفسه متعين لان نفس العبد ليس بمال في حقه حتى يملك
ثم يعتق لانه ادمي له حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الادمي خلق لمصلحة

ما الفرق لابي حنيفة بين الوكيل والمضارب فان المضارب لو باع من هؤلاء بمثل القيمة يجوز سواء ظهر
الربح في المال او لم يظهر مع ان المضارب قبل ظهور الربح له حكم الوكالة وهاهنا وهاهنا لم يجوز ابو حنيفة
رحمه الله بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته له مطلقا سواء كان البيع بمثل القيمة او بالغبن اليسير ذكر في
مضاربة المبسوط **قلت** قال بعض مشايخنا رحمهم الله تقسيم الحكم في المضاربة كان رواية
في القسمة هاهنا وحيث كان مطلق ذكر عدم الجواز هنا محمول على ما اذا باعه الوكيل بالغبن فاما
البيع بمثل القيمة فجائز في الفصلين وبعضهم فرقوا بين الوكيل والمضارب والفرق هو ان المضارب
كالمتصرف لنفسه من وجه الا يرى انه لا يجوز نهيه عن التصرف بعدما صار المال عروضا وانه
شريك في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة من هؤلاء لانه اثبات في العين دون المالية وفي الغبن
من المتصرف لنفسه بخلاف البيع بالغبن فانه اثبات له في شيء من المالية وهو في ذلك نائب محض واما
الوكيل في العين والمالية جميعا فنائب فلهذا لا يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة الا ان يكون الموكل قد
اجاز له في الوكالة بان قال بع ممن شئت فباع ممن شئت يجوز بيعه من هؤلاء حينئذ وحاصله ان المضارب
اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه على ما ذكرنا وقد يكون
مخصصا في بعض الاحوال فلشبهه بالمستبد بالتصرف قلنا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه
بالنائب قلنا لا يجوز تصرفه معهم بالغبن اليسير فاما الوكيل فنائب محض فهو نائب في تصرف خاص فيكون
متهما في تصرفه مع هؤلاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة كذا في وكالة المبسوط ومضاربته ثم المراد
من عدم الجواز في قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اي في مطلق الوكالة اما لو
قيد الوكالة بتعميم المشيئة بان قال بع ممن شئت يجوز بيعه من هؤلاء بمثل ما ذكرنا بخلاف البيع من نفسه
او من صغير له لا يجوز وان قال ذلك هكذا صرح في المبسوط وقال ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه
او من ابن صغير له لم يجز وان صرح الموكل بذلك لان الواحد في باب البيع اذا باشر العقد من الجانبين
يؤدي الى تضاد الاحكام فانه يكون مستزيدا ومستنقصا قابضا ومسلما مخاصما في العيب ومخاصما
وفيه من التضاد ما لا يخفى وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة حصر قولهما في الكتاب في حق جواز البيع
منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي فكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما ايضا في الغبن اليسير
والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة وذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما
فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته
له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في
رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته
له بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة
يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله باتفاق الروايات فابو حنيفة
رحمه الله فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل الخاص وقد ذكرناه وقوله الا
من عبده قيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه
من نفسه وكان فيه اشارة الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشيئة في البيع ولا
قوله اي البيع بمثل القيمة دون تقييدهما البيع بمثل القيمة نفي للتهمة من حيث المالية وفي قوله ان
الاملاك متباينة والمنافع منقطعة نفي للتهمة من حيث ايثار العين فكان فيه جواب عن قول ابي
حنيفة رحمه الله على ما ذكرنا في البيع بمثل القيمة بتهمة ايثار العين فانه لما كانت المنافع منقطعة لم
يكن الوكيل منتفعا بذلك العين فلا يورث التهمة اما دليل تباين الاملاك فظاهر حيث يحل
للاب وطء جاريته ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابنه لكانت جاريته بمنزلة جارية مشتركة
فلا يحل له وطؤها حينئذ ولذلك لا يحل وطء جارية ابنه لتباين ملك ابنه عن ملكه فلما انتفت
التهمة عن الوكيل بالبيع منهم بمثل القيمة من حيث المالية ومن حيث ايثار العين وجب القول بالجواز
كالبيع من الاجنبي الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول فيه تهمة من حيث ايثار العين وان لم يكن التهمة
من حيث المالية وذلك يكفي للمنع من الجواز واما قولهما ان الاملاك متباينة قلنا قد رد ذلك التباين
الشرع في قبول الشهادة علمنا ان ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في مواضع التهمة والاجارة

والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان شرعية الاجارة على منافاة الدليل لان المعقود
عليه وهو المنافع معدومة ومعرّدة اذ انعقاد شرعيتها بعقد الاجارة ثم من لا يقبل شهادته فيجب ان لا يجوز عقد
اجارة الوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف على شرائط كان يجب ان لا يجوز مع من لا يقبل شهادته
بالاجماع فبين بهذا انهما ايضا على الاختلاف والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعروض
وباجل غير متعارف عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما في هذه المسائل الثلاث ولقب المسالة الوكيل
بالبيع المطلق يملك البيع بما عز وهان وباي ثمن كان عند ابي حنيفة رحمه الله واما البيع باجل غير متعارف
فقد ذكر في الذخيرة الوكيل بالبيع اذا باع باجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا
رحمهم الله وان باع باجل غير متعارف فقد ذكر في الذخيرة فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا
الى خمسين سنة او ما اشبه ذلك فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يجوز وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله لا يجوز ثم قال وانما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد واما اذا كان في
لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة وذلك نحو ان يقول بع هذا العبد واقض ديني او قال
بع فان الغرما يلازمونني او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة
ولهذا يتقيد التوكيل بشرا الفحم والجمد والاضحية وفي بعض النسخ بشرا اللحم مكان الفحم لكن ذكر الفحم
انسب لغرض قوله بزمان الحاجة اعلم ان الجمد بسكون الميم هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية الاسم
بالمصدر كذا في الصحاح والديوان ثم تقييد بعض هذه الاشيا بالزمان والاحوال ما ذكره في فتاوي
قاضي خان رحمه الله وقال ولو وكله بشرا اللحم بدرهم فاشترى لحم ضان او بقر او ابل لزم الامر وقيل ان
كان الامر غريبا ينصرف التوكيل الى المطبوخ فالمشتري وان اشترى كرشا او بطونا او اكبادا او رؤسا
او اكارع لا يلزم الامر وكذا لو اشترى لحما قديدا او لحم الطيور والوحوش لا يلزم الامر وكذا لو اشترى شاة
حية او مذبوحة غير مسلوخة وان اشترى مسلوخة لزم الامر الا ان يكون الثمن المرفوع قليلا والتوكيل
بشرا الاضحية يتقيد بشرا الاضحية في ايام النحر او قبلها وكذا التوكيل بشرا الجمد يتقيد
بايام الصيف في تلك السنة وكذلك التوكيل بشرا الفحم يتقيد بايام البرد في تلك السنة حتى لو اشترى ذلك
في ايام الصيف من السنة الثانية او الجمد في الثانية لا يجوز ثم قال وقيل هذا قولهما اما على قول
ابي حنيفة رحمه الله يجوز لانه يعتبر اطلاق اللفظ وذكر في الايضاح واما اللحم فعلى لحم الضان والمعز مما
يشتري الناس ولا يدخل لحم البقر والابل اذا جرت العادة بذلك واسم اللحم لا يتناول البطون والاكباد
والكروش في باب اليمين اذا حلف لا ياكل لحما فاكل شيئا من هذه الاشياء حنث لانه يتخذ منها ما يتخذ من اللحم
وهي لحوم وحكم اليمين مخالف لحكم الوكالة الا ترى انه اشترى قديدا لم يجز على الامر لانه ليس بلحم يباع في العادة
في العادة ولان العقد بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه الا ترى انه لو حصل من المريض كان معتبرا
من ثلثه والاب والوصي لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة لهذا وهو وكيل بالبيع دون الهبة وابو حنيفة
رحمه الله يقول هو مامور بمطلق البيع وهذا بيع مطلق لان البيع اسم لمبادلة مال بمال وذلك
يوجد في البيع بالعروض كما يوجد في البيع بالنقود ولكن من البيع ما يتضمن الشرا فلا يخرج بذلك من ان
يكون بيعا مطلقا لان تضمن الشرا في جانب العرض لا في جانب المبيع وامره كان باعتبار المبيع والعقد فيه
بيع مطلق ولذلك البيع بالمحاباة بيع لان ما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن الا ترى انه يستحق الكل
بالشفعة والشفعة في الهبة لا تثبت والدليل عليه ان من حلف لا يبيع فباع بالمحاباة يحنث وكما يراعي الفرق
في الوكالات يراعي في الايمان ثم جعل هذا بيعا مطلقا في الايمان فكذلك في الوكالة وهذا بخلاف الوكيل
بالشرا لان الامر المطلق يخصصه التهمة وفي الوكيل بالشرا التهمة متمكنة لجواز ان يكون اشترى لنفسه فلما
لم يعجبه لغلاء الثمن اراد ان يحوله الى الامر ولا يتمكن مثل هذه التهمة في الوكيل بالبيع واما الجواب عن الوصية
فان معنى الوصية يظهر في القيمة والقيمة غير معقود عليها ونحن انما نعتبر الامر اي اطلاق الامر في المعقود
وهو المبيع كذا في المبسوط والايضاح وذكر في الاسرار هذه المسالة في كتاب البيوع منه واجاب عن مسالة
مسالة المحاباة في المرض ومسالة الاب والوصي فقال واما قولهم ان المحاباة تعتبر هبة حكما قلنا اعتبرت هبة
حكما لتعري من البيع الذي يطلق الامر به لم يعتبر للتهمة الا ترى ان المريض اذا حابى ومات ولم يخرج من الثلث
قيل للمشتري اما ان تؤدي الى الثلث واما ان ترده ولا يلزمه رد بعض البيع حتما ولا يلزم الوصي لانه امر ببيع فيه

[illegible]

يطلق

يطلق العقد اي لا يضيف الى الموكل بقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان وقيل في العروض ده نيم وفي
الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده هذا بيان الغبن اليسير ويحمل هذا المقدار من الغبن فهذه الاجناس
على هذا الترتيب ثم لما كان هذا هكذا لان المعاملة في العروض اكثر بين الناس من المعاملة في الحيوانات والمعا ملة
في الحيوانات اكثر من المعاملة في العقارات فلما كثرت المعاملة في العروض كانت التجربة فيها اوفر فيما يرجع الى الغبن
والربح فكان التاجر بحالها اعرف فيقل الغبن فيها لذلك وقلة المعاملة في الحيوانات فيحمل فيها عن اكثر
من الغبن في العروض وكذلك في العقارات وعن هذا المعنى ما ذكره في الذخيرة محالا الى كتاب الزكوة من الجامع
لشيخ الاسلام رحمه الله فقال وتكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش والصحيح ما روي عن محمد
رحمه الله انه قال كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش واليه
اشار في الجامع في تعليل مسالة في كتاب الزكوة قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة
في البلد كالعبيد والدواب وغيرهم فاما ما له قيمة معلومة في البلد كالخبز واللحم وغيرهما فاذا الوكيل
زاد الاشتراء على الموكل وان كانت الزيادة شيئا قليلا كالفلس ونحوه لان هذا مما يدخل تحت تقويم ما يحتاج
الى تقويم المقومين وههنا لا يحتاج فلا يدخل واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله وانما وضع المسالة في العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس
في تبعيضه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق لانه ذكر في الايضاح في باب الوكالة بالبيع ولو باع الوكيل
بعض ما امر به وان لم يكن في تبعيضه ضرر جاز في قولهم لان البيع تناول الجملة فكان متناولا للابعاض
والشرع في التفريق ضرر الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى **فان قيل**
الموضع بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن فاما بيع النصف فيتضمن عيب الشركة فاما بيع النصف فيتضمن عيب
الشركة في العبد فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فلا ينفذ بيعه على الموكل **قلنا** ضرر الشركة
اهون واقل من ضرر بيع الكل بثمن النصف فلما جاز ذلك على قوله لان يجوز هذا وهو ضرر الشركة
اولى وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف اي بالاتفاق ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله في الوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه قال ابو يوسف رحمه الله ان اعتقه الامر جاز وان اعتقه الوكيل
لم يجز وقال محمد رحمه الله ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول بان
العقد موقوف على اجازة الموكل الا ترى انه لو اجاز صريحا لنفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه
ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة لما تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته
فلا ينفذ اعتاقه ومحمد يقول بانه قد خالف فيما امره به وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم
رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فقبل ان يشتري بقي مخالفا فاذا اعتقه الامر لم يجز كذا في الايضاح
والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة
فلعله اشتراه لنفسه الى اخره وذكر في المبسوط وابو حنيفة رحمه الله يفرق ويقول الوكيل بالشراء
اذا اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع والتهمة في جانب الوكيل بالشراء فلعله اشترى النصف
لنفسه فلما علم ان الشركة عيب اراد ان يحوله على الامر ويوضح الفرق ان صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد
ونصف العبد ليس بعبد فلا يصير ممتثلا امر الامر الا ان يشتري ما بقي قبل الخصومة فاما في جانب البائع
صحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للعين وذلك موجود في البعض في الكل فيعتبر فيه الاطلاق فلما اعتبر الاطلاق
ثم في بيع العبد ملك المامور بيع العبد جملة او نصفه لان الاطلاق ثبتنا ولما خالف المامور بشراء العبد فانه
لم يعتبر فيه اطلاق امر الامر لمصادفة امره في ملك الغير بطريق الاصالة فيتقيد امره بما هو المتعارف
والمتعارف فيه هو ان يشتري العبد جملة واما وجوب الثمن في ذمة المشتري فذلك تبع في المبايعات
فلم يعتبر اطلاق امره بالشراء بسبب الثمن لان الثمن تابع وليس بمقصود في المبايعات لما عرف بعيب لا يحدث
مثله كالاصبع الزائدة والسن الشاغية ولم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذي ذكره دفع لسؤال
سائل وهو ان يقال لما كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة فلم يتوقف قضاء القاضي الى حجة من
هذه الحجج من البينة والاقرار واباء اليمين بل ينبغي ان يقضي القاضي بالرد على البائع لعلمه قطعا بوجود هذا
العيب عند البائع لما ان اشتراط وجود هذه الحجج في العيب الذي يحدث مثله ليحصل العلم للقاضي بان
العيب كان موجودا عند البائع وقد علم القاضي بذلك ههنا بدون هذه الحجج فيجب ان لا يشترط وجود هذه

الحجة في العيب الذي لا يحدث مثله فاجاب عنه بقوله وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم الاخر
قوله رحمه الله او باقرار فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لا
محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول
فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول فيفتقر اليها الرد اي الى الحجة وهي البينة والاقرار والاباء وكذلك
ان رد عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين خلاف زفر رحمه الله ذكره في المبسوط **قلت** اذا
كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل لما اشترى شاة وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا
فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه وهذا دليل زفر رحمه الله فجعل هذا وما اورد
عليه باقرار سواء وحق البائع الاول فكذا وحق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه
لا يمكنه ان يحلفه كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك لعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من
العهدة فيه بخلاف ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي
عليه بالنكول فيكون هو بالاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر بالنكول ولكن
في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله الى غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية فمن حيث الفسخ كان
له ان يخاصم يعني اذا رد على الوكيل بسبب العيب الذي يحدث مثله باقرار الوكيل بقضاء القاضي لا يكون
ذلك ردا على الموكل ولكن يبقى للوكيل حق الخصومة مع موكله في الرد عليه بخلاف ما اذا رد عليه اي على الوكيل
باقراره بدون قضاء القاضي حيث لا يبقى له الخصومة والفرق ان الرد لما حصل بقضاء القاضي تعذر
اعتباره بيعا جديدا لعدم التراضي فكان فسخا الا ان هذا فسخ بدليل قاصر لقصور الحجة لا يكون الرد
على الوكيل ردا على الآمر ومن حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا
بالتراضي فامكن اعتباره بيعا جديدا في حق الثالث فيبطل حق الخصومة **فان قيل** اذا كان الرد باقرار
الوكيل بغير قضاء يجب ان يكون له ولاية الرد على الموكل كما قيل في الاجارة فان الوكيل بالاجارة اذا اجر وسلم
ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل
حتى يصير كان الوكيل استاجر من المستاجر وذلك جائز اذا فعل **قلنا** له في الفرق بينهما من اصحابنا
من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في الاجارة في الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا
لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان الموجر فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل
القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر فكذا في الاجارة وقال الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح
الكتاب علل الفرق بين الفصلين وقال لان فسخ الاجارة ليس باجارة ومعنى هذا ان القبول بالعيب من
غير قضاء القاضي في البيع يجعل بمنزلة عقد مبتدا في حق غير المتعاقدين والموكل غيرهما وفي الاجارة لا يجعل
هكذا لان على احدى الطريقين الاجارة في معنى عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع
فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد فلا ان يجعل ذلك عقدا مبتدا وعلى الطريق الاخرى العقد منعقد باعتبار
اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة
الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدا لتقام رقبة الدار مقام المنفعة هذا اذا كان عيبا يحدث مثله
اما اذا كان عيبا لا يحدث مثله فرده عليه باقرار بقضاء قاضي يكون ردا على الموكل باتفاق الروايات
لان القاضي فسخ البيع بينهما لعلمه بقيام العيب عند البائع لا باقرار الوكيل فيلزم الآمر كما لو رده
بالبينة وان رده عليه باقرار بغير قضاء ذكر في عامة روايات المبسوط انه لا يلزم الآمر وليس للوكيل
ان يخاصمه في ذلك وذكر في البيوع انه يكون ردا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع
الامر اليه لانهما لو رفعا الامر الى القاضي في عيب لا يحدث اصلا ولا يحدث في تلك المدة فان القاضي يرده
عليه ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك ويكون ردا على الموكل كذا هاهنا وجه عامة الروايات ان
الرد بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدا ولو اشتراه منه حقيقة لا يرده وقوله بانهما فعلا عين ما يفعله
القاضي قلنا هذا الرد حصل ملكا وحكما بالتراضي وليس باستيفاء لعين الحق لان حق المشتري في الجزء
الفائت لا في الرد فكان بيعا ما امكن وانما يجعل فسخا اذا تعذر جعله بيعا في حق الثالث وفيما اذا كان
بقضاء يتعذر جعله بيعا لانعدام الرضا كذا ذكره الامام المرغيناني رحمه الله وقاضي خان وهذا هو الذي احال
بيانه الى الكفاية وما دلالة على الاطلاق اي مبنى الوكالة على التقييد حيث لا تثبت الوكالة بدون

التقييد

ذكر في وكالة الاصل في موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل
الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل الاول لجاز وحكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يقول ليس في المسالة روايتان
ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على
المقيد والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له بذلك صار
وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر
فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت
محتملا اما هنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى
ومنهم من جعل في المسالة روايتين وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثاني حال غيبة الاول
انما لا يجوز لتعري العقد عن راي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد راي الاول وعلى هذا احد
وكيلي البيع والاجارة اذا امر صاحبه بالبيع والاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي
رواية يجوز من غير اجازته وان قدر الوكيل الاول الثاني ثمنا بان قال بعه بكذا فباعه الثاني بغيبة
الاول ففيه روايتان في رواية كتاب الرهن يجوز لان مقصود الموكل ان يكون البيع براي الوكيل الاول واذا
قدر الوكيل الاول ثمنا فبيع الوكيل الثاني بيع براي الوكيل الاول وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان
الاول لو كان هو الذي باشر ربما يبيع بالزيادة على ذلك المقدار لذكائه وهدايته وتكلموا في حقوقه
في الحقوق ثم اذا باع واشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل
في الجامع الصغير وذكر البقالي رحمه الله في فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفي حيل الاصل والعيون ان
الحقوق ترجع الى الثاني وذكر الامام المحبوبي رحمه الله منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم
العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني
دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الثاني اي الوكيل الثاني بموته
ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا ذكره السيد الامام في الملتقط ولو قدر الاول الثمن
للثاني اي قدر الوكيل الاول الثمن للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله فقال له بعه بكذا فباع
الاثر هو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان
يوكل الموكل من هو اهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في الوكيل بالبيع بتقدير ثمن كان مصلحة في تحصيل
زيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول ثمن المبيع ورايه انما يطلب لاجل هذا وقد حصل ذلك بسال
لعدم النيابة الا بحضرته في العبارة قوله رحمه الله معناه التصرف في مالها انما يحتاج الى هذا
التاويل لان قوله او باع او اشترى انما ذكر يحتمل معنيين احدهما ان اشترى لها شيئا بمال نفسه والاخر
ان اشترى لها بمالها والثاني هو المراد هنا ولذلك قال معناه التصرف في مالها وذكر الامام المحبوبي رحمه
الله ذمي او مكاتب او عبد زوج ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او تصرف في مالها بيعا او شراء لا يجوز لان اختلاف
الدين يقطع الولاية قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا والرق ينفي ولايته على نفسه
فلان ينفي ولايته على غيره اولى وكذا المكاتب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وكذلك عندنا المرتد اذا
مات على الردة والحربي المستامن لا يجوز شراء واحد منهما وبيعه ولا انكاحه على ابنته الصغيرة المسلمة
لما ذكرنا من انقطاع ولاية الكافر على المسلم فان زوج المرتد ابنته ثم اسلم جاز نكاحه لان هذا نكاح له مجيز
في الحال حتى لو رفع الى القاضي فاجازه يجوز فكان سبيله التوقف واذا توقف وعادت ولايته
نفذ لوجود الاجازة منه فان تزوج هو بنفسه لم يجز لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فان
اسلم بعد هذا لم يحل له الا بابتداء النكاح لان هذا نكاح لا مجيز له حال وقوعه فلم يتوقف على اسلامه
لان ما لا مجيز له حال وقوعه لا يتوقف الا ترى ان الصبي اذا زوج عبده او اعتقه او وهبه او تصدق به
كان باطلا حتى لا ينفذ وان اجاز بعد بلوغه لانها تصرفات لا مجيز لها حال وقوعها بخلاف المرتد اذا زوج
ابنته الصغيرة لان له مجيزا وهو القاضي والولي فيتوقف قوله قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد
اذا قتل على ردته والحربي كذلك اي تصرفهما على المسلم لا يجوز انما خص قولهما لان هذا مجمع عليه لان
الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وان قتل على ردته عندهما بناء على الملك

[illegible]

[illegible]

ولكن تصرفانه على ولده موقوفة بالاجماع لأن الحربي ابعد من الذمي لأن الذمي صار مناداراً واذا لم يكن مناديناً او يحقق في حق الذمي ما هو خلف عن الاسلام ولم يثبت في حق الحربي شي من الاصل والخلف والله اعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الوكالة بالخصومة من المهجور الشرعي حتى عدلت عن حقيقتها الى مطلق الجواز لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا الآية ناخر ذكرها عما هو مطلق شرعاً ومقر على حقيقته فعلا وهو احكام الوكالة التي هجران فيها الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اطلق في الرواية ليتناول التوكيل بالخصومة في العين والدين جميعاً فانه ذكر الامام المحبوبي رحمه الله الوكيل بالخصومة في الدين والعين جميعاً وكيل بالقبض عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وهو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة لأن الخصومة لاظهار الحق والقبض ليس من الخصومة ويختار في الخصومة في العادة احذ الناس وللقبض امن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة ولكنا نقول الوكيل بالشي مامور باتمام ذلك الشي واتمام الخصومة يكون بالقبض لأن الخصومة قائمة ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة ولما وكله بفصلها والفصل بالقبض وحل تحته ضمناً ولأن المقصود منه الخصومة الوصول الى الحق وذلك بالقبض يكون والوكيل بالشي يملك تحصيل ما هو المقصود به كذا في المبسوط والاسرار والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله وروى ابو بكر البلخي رحمه الله ان محمد بن سلمة وغيره من مشايخ بلخ رحمهم الله افتوا بقول زفر رحمه الله لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصاً ودلالة اما نصاً فظاهر وكذلك دلالة لأن الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى ايضاً الصدر الشهيد حسام الدين كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله ويطين التوكيل بالتقاضي ملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعاً اي لأن التقاضي في معنى القبض في اصل اللغة لانه ذكر في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واستقضيت واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لأن الناس في العرف لا يفهمون من التقاضي القبض بل يفهمون منه المطالبة فبسبب عرف الناس صار المجاز بمنزلة الحقيقة لعادة افهام الناس في التقاضي الى معنى المطالبة التي هي مجاز والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد بعض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون خصماً بالاجماع على ما يجي والكلام فيه يرجع الى اصل وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لأن التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد واذا ثبت هذا نقول الموكل بقبض الوديعة لم يقع بالتملك فانه مستوفي عين حقه فلم يتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصماً والموكل بالاخذ بالشفعة والقسمة والرد بالعيب توكيل بالتمليك لأن الملك فيما يستوفيه الوكيل ليس بثابت للموكل وانما يثبت له الملك باخذ الوكيل فصار بمنزلة التوكيل بالشراء فاما الوكيل بقبض الدين فما يقول ان هذا عند في الشرع استيفاء للحق ولهذا لو قبض احد الشريكين شيا من الدين كان للآخر ان يشاركه فيه ومعنى التمليك ساقط في الحكم وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الحقيقة في هذا الباب فقال المقبوض ليس ملك للموكل وانما هو بدل حقه والشرع شرع ذلك طريقاً للاستيفاء فشابه الشفعة والقسمة كذا في الايضاح وذكر في الذخيرة واذا جحد الغريم الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة على الدين هل يقبل بينته على قول ابي حنيفة رحمه الله يقبل وعلى قولهما لا يقبل والاصل في جنس هذه المسائل ان التوكيل اذا حصل بقبض ما هو ملك الموكل فالوكيل لا يصير خصماً في حق الاثبات واذا حصل التوكيل بقبض ما هو ملك الغير من كل وجه الحق للموكل عليه فالوكيل ينتصب خصماً في حق الاثبات وهذا لأن التوكيل بالخصومة لم يوجد نصاً فلو ثبت التوكيل بالخصومة انما يثبت ضرورة ان الوكيل لا يتوصل الى القبض الا بالخصومة والتوكيل بالشي توكيل به وبما لا يتوصل اليه الا به الا انه قد يمكنه الوصول الى القبض بدون الخصومة بان لا يجحد وقد لا يمكنه الوصول اليه الا بالخصومة فباحد الاعتبارين يوجب ان يكون خصماً وبالآخر يوجب ان لا يكون خصماً والعمل بهما غير ممكن وكل حكم فعملنا بهما في حكمين فقلنا اذا حصل التوكيل بقبض

وقد يسمى المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها ثبتت بالسنة وكما
سمي جزاء السيئة الذي هو مسبب السيئة باسم السيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان الظاهر انما يثبته
المستحق اي الظاهر من حال الانسان انه يأتي في مجلس القضا بما هو المستحق عليه فيختص به اي الجواب المستحق يختص بمجلس
القاضي لا يؤمر بدفع المال اليه اي الى الوكيل فان الوكيل لا يقبض المال لجهة الطالب بعد الاقرار كالاب
والوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي صريحا يدعي المال لا يدفع المال اليه
انه خرج من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقراره بما قاله المدعى عليه وكذلك هاهنا فكان
حاصل هذه المسألة وهي مسألة التوكيل بالخصومة على خمسة اوجه ذكرها في الذخيرة فقال واذا وكل
رجلا بالخصومة فعلى وجوه الاول ان يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشي اخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا
بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار ايضا عند علمائنا الثلاثة لان التوكيل بالخصومة صحيح بالاجماع
ولا يصح التوكيل الا بما هو حلال للموكل ونفس الخصومة ليست بحلال للموكل لا محالة لان على تقدير ان المدعي
محق في الدعوى لا يحل للمدعى عليه الانكار لا محالة اما جواب الخصومة وهو قوله نعم او لا حلال له فجعلنا
هذا توكيلا بجواب الخصومة وامكن ان نجعل كذلك لان الخصومة مضاف اليها والجواب مضاف وحذف
المضاف واقامة المضاف اليه مقام المضاف شائع في اللغة كما في قوله تعالى واسأل القرية
اي اهل القرية والاقرار جواب الخصومة كالانكار فصح ما ادعينا ان التوكيل بالخصومة توكيل بالاقرار
والثاني ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وقد ذكرنا ان في هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله ان هذا الاستثنا لا يصح وقد ذكرنا وجه الطريقين والثالث ان
يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثنا في ظاهر
الرواية وهذا لان الموكل ربما يضره الانكار بان كان المدعى به امانة ولو جحد الوكيل جحودا اصليا
لا يسمع دعوى الوديعة بعد ذلك وقبل الجحود يسمع دعوى الرد فيصح استثنا الانكار كما يصح استثنا الاقرار
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح استثنا الانكار والرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه
وفي هذا الوجه يكون وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو اقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رحمه
الله ويجب ان تعلم بان التوكيل بالاقرار صحيح عندنا فلا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ذكر محمد رحمه
الله المسألة في باب الوكالة بالصلح حكي عن الشيخ الامام احمد الطواويسي رحمه الله انه كان يقول معنى التوكيل
بالاقرار ان يقول الموكل للوكيل وكلتك ان تخاصم عني وتدفع عني واذا رأيت مدفعة يلحقني بالانكار
واستصوب الاقرار فاقر علي فاني قد اجزت ذلك والخامس اذا قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار
والانكار وقد اختلف المتاخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل بالخصومة
توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى كليهما لم يفوض اليه شيئا وحكي
عن القاضي الامام صاعد النيسابوري رحمه الله انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت
ويحضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب
وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به ومن كفل بمال عن رجل الى اخره صورة
المسألة ما اذا وكل رب الدين كفيله عن المديون بقبض المال عن المديون لا يصح توكيله ابدا حتى لو هلك
المال في يده لا يهلك على الموكل وقوله ابدا اي قبل براءة الكفيل وبعدها اما قبل البراءة فللمعنى
الذي ذكر في الكتاب واما بعد البراءة فانه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل لم تنقلب وكالة
بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح لعدم قبوله وهو شرط ثم اذا بلغه الخبر فاجاز لا يجوز ايضا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد مر لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه
لابراء ذمته فانعدم الركن اي ركن الوكالة وهو العمل للغير وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض
الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا **فان قيل** يشكل هذا بوكيل رب الدين اذا وكل المديون
بابراء نفسه عن الدين يصح ذكره في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته
قلنا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله في تعليل هذه المسألة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب
بابراء نفسه على خلاف المذكور في الجامع فكان لنا منع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا مسألة
الابراء نقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا في الوكالة لا في التمليك

[illegible]

فان قيل [illegible] **قلنا** [illegible] **قوله** [illegible]

فان قيل ينبغي ان تصح الوكالة في مسالتنا لانه عامل لرب الدين قصدا لان الموكل اصيل في اثبات
الوكالة فكان عمل الوكيل لنفسه واقعا في محله لغيره فتصح الوكالة اعتبارا للمقصود الذي هو الاصيل **قلنا**
لا نسلم بل العمل لنفسه اصل لان الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره **فان قيل** لما استوتا
من هذا الوجه لعدم جهة الاصالة لكل واحد منهما وجب ان تبطل الكفالة بالوكالة هاهنا لان الوكالة
طارئة على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة كما اذا تاخرت الكفالة تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي
رحمه الله ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل صح الضمان وبطلت الوكالة فكذا
يجب ان تبطل الكفالة بالوكالة اذا تاخرت الوكالة عن الكفالة **قلنا** الكفالة تصلح ناسخة
للوكالة ومبطلة لها لا على العكس وذلك لان الشيء جاز ان يبطل بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه
ثم الوكالة دون الكفالة في الرتبة فان الكفالة عقد لازم اذ الكفيل لا يتمكن من اخراج نفسه بان
يعزل نفسه فعرفنا ان الوكالة دون الكفالة فبطلت الوكالة بالكفالة ولم تبطل الكفالة بالوكالة
فيعدم بانعدام لازمه اي ينعدم التوكيل بانعدام لازمه وهو قبول عزل الوكيل لكونه امينا حتى ضمن
قيمته سواء كان موسرا او معسرا فان وكله الطالب اي فان وكل المولى رب المال بقبض المال عن العبد
كان باطلا لما بيناه وهو قوله لان الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه يبرئ به نفسه فلا
يصح وكيلا لا تصدقه الغريم اي المديون امر بتسليم المال اي الدين لان ما يقبضه خالص ماله اي لان
ما يقبضه المديون خالص مال المديون لان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداه المديون مثل مال رب
الدين لا عينه فكان تصديقه على اقرارا على نفسه باداء المال ومن اقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء وذكر
في الذخيرة وفي المسالة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى
بامثالها فكان ما اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه باداء المال
ومن اقر على نفسه بالمال يجبر على الاداء اما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم
مثل ذلك فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض
الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة
القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من
الاضافة الى المرسل ان يقول ارسلني فلان يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف
الى نفسه فيقول اقرضني فصح ما ادعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة ثم هذه
المسالة لا تخلو اما ان لا يصدق الوكيل في وكالته ومع ذلك دفع الدين او صدق ومع ذلك يريد ان لا يدفع
او اراد الوكيل استحلاف المديون عند انكار الوكالة وذكر هذه المسائل في المبسوط فقال واذا ادعى
الرجل ان فلانا وكله بقبض دينه على هذا فلم يقر الغريم به ودفع المال اليه على الانكار ثم اراد ان يسترده
منه لم يكن له ذلك لان دفعه اليه على وجه القضاء فما لم يتبين الامر بخلافه لا يكون له حق الاسترداد
فان قاضي الدين يقضي حقه عن المقضي به من كل وجه الا ترى انه لو قضى الطالب بناء على دعواه ثم تبين
انه لا دين له عليه فله ذلك اذا قضاه الوكيل بدعواه الوكالة واذا اقر بالوكالة ثم اراد ان
لا يدفع المال اليه فان القاضي يقضي بالمال عليه للوكيل لما بينا ان المديون يقضي الدين من ملك نفسه فانما اقر
بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك حجة عليه الا على قول ابن ابي ليلى رحمه الله فانه يقول لا يجبره القاضي
على الدفع اليه ولكن يقول له انت اعلم ان شئت فاعطه وان شئت فاتركه لانه لا يثبت كونه نائبا عن الطالب
في حق القاضي بولاية الالجاء ما لم يثبت كونه نائبا عنه عنده وبهذا نقول فيما سبق ذلك عنه بخبر
الوكيل وتصديق المطلوب اذ ليس هاهنا مكذب لهما وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق ما لم يأت
معارض له ولكن اذا حضر الطالب وانكر الوكالة رجع على الغريم بماله لان الوكالة لا تثبت في حق الطالب
بالانكار ولم يحكم ببراءة الغريم في حق الطالب ايضا لان حجة الاخبار قاصرة على المطلوب والوكيل وثبوت
الحكم بحسب الحجة وان انكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلفه ما وكلني استحلفته على ذلك فان حلف
برئ وان نكل عن اليمين قضيت عليه بالمال للوكيل لان نكوله كاقراره ولم يصدق على الطالب حتى اذا انكر
الطالب ذلك كان له ان ياخذ ماله من الغريم وذكر الخصاف هذا الفصل في كتابه وقال لا يحلف
المطلوب على الوكالة في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول لهما يحلف على العلم وجه قولهما ظاهر فانه ادعى عليه

قال

[illegible]

وله

[illegible]

بلا الايمان هكذا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل ويدفع رب المال اي ويدفع
المديون رب الدين رعاية لجانبه اي لجانب الغريم وهو المديون ولا يستحلف الوكيل لانه نايب
والنيابة لا تجري في الايمان وذكر في الايضاح ولو اراد المطلوب ان يحلف الوكيل ما يعلم ان الطالب
قد استوفى الدين لم يحلفه في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال زفر رحمه الله احلفه على
العلم اي ان حلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت
وكالته فجاز ان يحلف عليه وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله يقولان بانه يدعي على الموكل حقا
لا على الوكيل فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة في الايمان لا تجري وهذا بخلاف
الوارث حيث يحلف على العلم يعني بالله ما تعلم ان المورث قد استوفى الدين لان الحق ثبت للوارث فكان
مدعيا عليه بطلان حقه بفعل وجد من المورث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة
الا انه يستحلف على العلم وفي مسئلتنا الوكيل نايب وليس باصيل والنيابة لا تجري في الايمان
وان وكله بعيب في جارية اي وكله برد الجارية بسبب العيب بخلاف مسئلة الدين اي يومر المديون
بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل لان التدارك ممكن هناك اي في مسئلة الدين وذكر الفرق
في المبسوط بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين احدهما ان في الدين حق الطالب ثابت بيقين
والغريم يدعي الاستيفاء والابراء فما لم يثبت اصل حقه لكنه يدعي الاسقاط بعد تقرر السبب الموجب
فلا يمنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط فاما في العيب ان علم المشتري بالعيب وقت العقد
يمنع ثبوت حقه في الرد اصلا فالبائع ليس يدعي مسقطا بل يزعم ان حقه في الرد لم يثبت اصلا
فلا بد من ان يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ العقد
والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو اثبتنا له حق الرد تضرر به الخصم في انفساخ عقد عليه فاما قبض
الدين فليس فيه فسخ عقد فاذا حضر الموكل وابى ان يحلف يتوصل المطلوب الى قضاء حقه فلهذا
يقضى الدين وهنا غير ممكن اي التدارك غير ممكن في مسئلة رد الجارية بالعيب لانه لا يتمكن
من اعادة البيع بعد ما قضى القاضي بالفسخ لان قضاء القاضي في العقود ينفذ ظاهرا وباطنا
والظاهر بطلان الحجة الا نرى انه عند محمد رحمه الله اذا لم ينفذ قضاء القاضي باطنا في العقود والفسوخ
كانت المسئلة الثانية والاولى سواء اي يرد القاضي فيهما جميعا وعند ابي يوسف رحمه الله لو كان
المشتري حاضرا واراد ان يرد بالعيب لا يرده القاضي ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب
وان كان البائع لم يدع واذا كان المشتري غايبا ومن مذهبه انه لا يرده الا بعد اليمين لا يرد حتى
يحضر المشتري فيحلف صيانة للقضاء عن البطلان كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله في الجامع
يعني لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطا عند ابي حنيفة رحمه الله كما هو مذهبه
في القضاء بالرد بعقود ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة رحمه الله كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وذكر
في الاجناس فان لم يكن للبائع بينة على رضا الامر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب
ثم حضر الامر وادعى الرضا واراد اخذ الجارية فابى البائع ان يدفعها وقال قد نقض القاضي البيع
فلا سبيل لك عليها فان القاضي لا يلتفت الى قول البائع ويرد الجارية على الامر لان البائع مع الامر صادق
على ان الجارية ملك الامر لان البائع ادعى رضا الامر بالعيب ولزوم الجارية اياه وصدقه الامر بذلك
فاستند التصديق الى وقت الاقرار ويجب بهذا التصادق ان القاضي اخطا في قضائه بالرد وان قضاه
بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الامر في الباطن فكان الامر باخذها بعض
المشايخ رحمهم الله قالوا هذا قول محمد رحمه الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله لا سبيل للامر على الجارية
وبعضهم قالوا هذا قول الكل هو الاصح ووجهه ان نقض القاضي هاهنا البيع لم يكن مبنيا على دليل
يوجب النقض وانما كان لجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضا الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه
وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في جارية بانها ... ثم تبين خلافه ذكر هذه المسئلة
في المبسوط في الباب الاول من كتاب الوكالة نحو في انواع الفصل التاسع من كتاب الوكالة من الذخيرة وفي
باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب البيوع من شروح الجامع الصغير وقوله لان القضاء بالفسخ ماض
على الصحة وان ظهر الخطا عند ابي حنيفة رحمه الله قيل هذا من فروع ما ذكر من قول ابي حنيفة رحمه الله

ان قضا القاضي بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ وهاهنا ايضا لما
قضى القاضي بالفسخ ينفذ الفسخ ظاهرا وباطنا عنده وان ظهر خطاؤه عند نكول المشتري عن الحلف بانه
ما رضي بعيب الجارية فلا يفيد استحلاف المشتري فائدة فلذلك لا يستحلف هو عند ابي حنيفة رحمه الله
فاما عندهما فالواجب ان يتحد الجواب في الفصلين اي في فصل الوكيل بقبض الدين وفي فصل الوكيل برد الجارية
اي لا يدفع الدين الى الوكيل بدون التاخير الى تحليف رب الدين بانه لم يستوف كذلك يرد الجارية على
البائع بدون تحليف المشتري بانه لم يرض بعيب الجارية وذلك لان معنى عدم تاخير دفع الدين الى تحليف
رب الدين كان هو احتمال التدارك عند ظهور الخطا واحتمال التدارك في قضا القاضي برد الجارية
على البائع بالعيب عند ظهور خطا قضا القاضي موجود عندهما لان قضا القاضي عندهما في مثل هذا فيما
اذا ظهر خطا قضا القاضي انما ينفذ ظاهرا لا باطنا كما اذا ظهر ان قضا القاضي كان بشهادة الزور
فاذا ظهر خطا القاضي في القضاء عند نكول المشتري عن الحلف بانه لم يرض كانت الجارية مردودة
على المشتري بعد كونها مردودة على البائع بالعيب لبطلان القضا باطنا عندهما فلذلك لا يؤخر قضا
القاضي برد الجارية على البائع الى تحليف المشتري لانه يعتبر النظر اي النظر للبائع حتى يستحلف المشتري
اي القاضي وينتظر للنظر اي للبائع فكذا هذا ينبغي ان ينتظر في الدين نظرا للغريم فالعشرة بالعشرة
اي فالعشرة التي انفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل اي لا يكون الوكيل
متبرعا فيما انفق بل ما اخذ من الموكل اي لا يكون الوكيل متبرعا فيما انفق بل ما اخذ من الموكل يكون
ملكا للوكيل وقال الامام التمرتاشي رحمه الله هذا اذا كانت عشرة الدراهم قائمة وقت شرا النفقة
وكان يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن كان ينوي تلك العشرة اما اذا كانت عشرة الدراهم مستهلكة
او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا لانه لا
لان الدراهم تتعين في الوكالة ولذا لو اضاف العقد الى غيرها لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا
والحكم فيما ذكرناه اي الحكم في الوكيل بالشرا وهو ان يشتري الوكيل ما وكل به بمال نفسه يرجع
به على الموكل وقد قررناه اي في باب الوكالة بالبيع والشرا في قوله واذا دفع الوكيل بالشرا الثمن
من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل وانما قلنا ان التوكيل بالشرا يجوز للاستدلال بان
الوكيل بشرا ما يحتاج اليه الاهل يضطر الى شرا شي يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك
الحالة لانتفاء وجود ذلك الشي في تلك الحالة او نطالبه لا يحصل بذلك المال في زمان لا يكون
مال الموكل معه فيحتاج الى ان يؤدي ذلك من مال نفسه وذكر مسالة الوكيل بقضا الدين اذا قضى
الدين من مال نفسه في وكالة المبسوط في باب الوكالة بالدين وذكر فيها القياس والاستحسان
ففي القياس يكون متبرعا لان امره بالدفع كان مقيدا بالمال المدفوع اليه فيؤدي من مال اخر هو كاجنبي
اخر فيكون متبرعا في القضا من مال نفسه دين الغريم ويرد على المطلوب ماله لانه ملكه دفعه
اليه لمقصوده وقد استغنى عنه ووجه الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل البراة لنفسه والوكيل
في هذا المقصود بين الالف المدفوع الى الوكيل وبين مثله من مال الموكل والتقييد اذا لم يكن مفيدا لا
يعتبر ثم الوكيل قد يبتلي بهذا بان يجد الطالب في موضع وليس معه مال المطلوب فيحتاج الى ان يدفع
مثله من مال نفسه ليرجع به في المدفوع اليه فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وهذا القدر من الوكيل
يصح بالمبادلة ولا يكون هو متبرعا فيما يدفع وقيل هذا استحسان وانما ذكر بقوله وقيل احترازا عن
القول الثاني وهو قوله وقيل الاستحسان والقياس في قضا الدين وفي القياس ليس له ذلك اي ليس له
انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا انفق عشرة نفسه كان متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم
الماخوذة على الموكل وان استهلكها ضمن ووجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت
الدراهم قبل الانفاق بطل الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا كمن وكل
رجلا ليشتري له عبدا بالف درهم ودفعها اليه فاشترى عبدا بالف درهم من مال نفسه يكون مشتريا لنفسه
وقد ذكر وجه الاستحسان بقوله لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وقيل الاستحسان والقياس في
قضا الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الف درهم وقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيره
ذلك من مال نفسه قضا عنه ففي القياس يكون متبرعا حتى اذا اراد المامور ان يحبس الالف التي دفعت

اليه

[illegible]

باب عزل الوكيل

[illegible]

عزله لا ينعزل بالجنون الى هذا اشار في الذخيرة فقال بعد ما ذكر ما ينعزل به الوكيل في وكالة
غير لازمة فاما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان
الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة اخرى ثم خرج المملوك
فانه لا يبطل ملكه كما لو ملك عينا فهكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل امر امراته بيدها ثم جن الزوج
لا يبطل الامر وكذلك العدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل بجنون
الموكل وان كان الجنون مطبقا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه اما كونه غير لازم
فلما ذكرنا ان الموكل يملك عزله بدون رضا الوكيل علم انه غير لازم **فإن قلت** قد جعل كون حكم
الابتدا للدوام نتيجة كون التصرف غير لازم وكان فيه اشارة الى ان التصرف اذا كان لازما لا يكون لدوامه
حكم الابتداء فما الفقه فيه **قلت** الفقه فيه هو ان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف في كل لحظة
من لحظات دوام التصرف يتمكن من النقض والفسخ فلما لم يفسخ جعل امتناعه عن الفسخ عند امكانه منه بمنزلة
الابتدا لتصرف اخر من جنسه اعمالا للتمكن كما لكان المبتدي والمنشي كما قال صاحب الكشاف في قوله تعالى
اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى بعد سؤاله نفسه بقوله كيف اشتروا الضلالة بالهدى وما كانوا
على هدى ثم اجاب عنه بانهم جعلوا على هدى بتقدير التمكين منه فصار كان الهدى كان في ايديهم فاذا تركوه
الى الضلالة فقد عطلوه واستبدلوها به وهذا ايضا كما ذكره الامام المحقق شمس الائمة السرخسي رحمه الله في
اصول الفقه في اوايل النهي بان مذهب اهل السنة والجماعة ان ترك الفعل فعل لما فيه من استعمال احد الضدين
والاثم في النهي عنه انما يتحقق بالترك وذلك حقيقة الانتهاء الامتناع عن ايجاب المنهي عنه كما في شرب الخمر مثلا
فان دعته نفسه الى الايجاد يلزمه الترك ليكون ممتنعا فكان هذا الامتناع عند دعاء نفسه اياه الى
ارتكاب المنهي فعلا منه تقديرا وهذا لان المنتهي مثاب بالانتهاء لا محالة بقوله تعالى ونهى النفس عن الهوى
فان الجنة هي المأوى بعد الله تعالى مدح الاعلى السعي بقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى
والسعي امر وجودي فلا بد ان يكون الانتهاء امرا وجوديا ايضا حتى يكون مثابا به وليس بعد تقرير العمل الا انه
الا ان يجعل المتمكن كان المنشي للفعل لانه هو في الحقيقة ابقا العدم على العدم الاصلي واما اذا كان التصرف
لازما لا ياتي هذا المعنى لان المتصرف لا يتمكن كل لحظة من الفسخ والعزل فلا يجعل امتناعه من العزل بمنزلة الابتدا
والانشاء لذلك الفعل لان الشي انما يعتبر تقديرا ان لو تصور تحقيقا وله نظاير في اليمين الغموس والمنعقدة
فان القول بالانعقاد ثم الحنث في حق الكفارة من الايمان فيما اذا تصور البر في الجملة واما اذا لم يتصور كما
في الغموس لم يقل بالانعقاد والحنث لم يتصور لعدم تصور الاصل الذي هو البر ولذلك وجوب قضا الصلوات
انما يتحقق في حق من يتصور وجوب ادايها في الجملة واما اذا لم يتصور وجوب ادايها فلم يقل فيها بوجوب القضا
لان وجوب القضا مرتب على وجوب الادا اذ الادا انما يجب اذا تصور اداوه في الجملة ولما كان التوكيل الذي
هو غير لازم حكم الابتدا وجب ان يكون الموكل موكلا في كل لحظة ليتصور العمل منه في كل لحظة وذلك انما يكون
الا وان الموكل صالحا للتوكيل ثم ابتدا التوكيل لا يتصور من الميت وكذلك لا يبقى بعد موت الموكل لانه ابتدا
وكل غير بريه لما قلنا وكذلك لا يصح توكيل المجنون ولا توكيل المرتد الذي لحق بدار الحرب فلا بد من قيام
الامر في قيام امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة ثم قد بطل اي امر التوكيل بهذه العوارض من الجنون والموت
والارتداد **فإن قيل** البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر البيع ويبطل الخيار
قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات يتقرر الاصل وانتفى العارض
قال جنون مطبق بالباء المكسورة اي دائم والحمى المطبقة هي الدائمة التي لا تفارق ليلا ونهارا كذا خط
الامام الزرنوجي رحمه الله لانه يسقط به جميع العبادات فان من العبادات ما يكون التقدير فيها بحول كالزكوة
قال والحكم المذكور في اللحاق وهو ما ذكر قبل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا وانما قيد باللحاق لانه
لو كان وهو مسلم ثم ارتد ثم اسلم قبل لحاقه بدار الحرب فهو على وكالته في جميع ذلك لان ملكه لم يزل قبل
لحاقه بل يتوقف وباسلامه قبل لحاقه تقرر الامر الا ترى انه لو كان باع بنفسه ثم اسلم نفذ البيع وكذلك تبقى
وكالة الوكيل في جميع ذلك ما خلا النكاح لانه بالردة خرج من ان يكون محلا للنكاح بنفسه فيبطل الوكالة
به ايضا ثم لا يعود الا بالتجديد كذا في المبسوط وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت
وذكر في المبسوط ولو وكيل المرتدة بالتصرفات التي تملك مباشرتها بنفسها صح وكذلك بذلك مرتدة مثلها

فإن قلت

قلت

عزله

[illegible]

او مسلماً وكذلك لو كان الموكل قبل ردتها تبقى الردة لانها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها الا ان وكل
بالتزويج وهي مرتدة فذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فلا يصح توكيلها بذلك حتى لو زوجها الوكيل
في حال ردتها لم يجز وان لم يزوجها حتى اسلمت ثم زوجها جاز لان التوكيل كالمضاف الى ما بعد اسلامها ومنزلة
المعتدة والمنكوحة اذا وكلت انساناً بان يزوجها وهذا بخلاف ما اذا كان التوكيل في اسلامها ثم ارتدت
ثم اسلمت فزوجها لم يجز لان ارتدادها اخراج له من الوكالة فانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل
سدت الوكالة في الحال ثم بردتها خرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لوكيلها بعد ما
العزل لا يكون وكيلا الا في التجديد كذا في المبسوط لان ردتها لا تؤثر في عقودها لان المرتدة لا تقتل واذا وكل
المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه الى قال فهذه الوجوه تبطل الوكالة هنا اذا كانت الوكالة بالبيع
والشرا فاما اذا كان الموكل بقضا الدين او التقاضي لم تبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب والحجر على
المأذون لان في كل شيء وليه العبد لا تسقط عنه المطالبة بالحجر عليه بل يبقى هو مطالباً بايفائه وله
ولاية المطالبة باستيفائها وجب له لانه وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة فيه وله
وكله اشد العبد المحجور بعد انعقاد العقد لمباشرته صح ايضاً فان باعه باذن العبد او مات بطلت وكالة
الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه لم يبق له حق المطالبة بالاستيفا فتبطل وكالة الوكيل حين
خروج الموكل من ان يكون مالكاً لهذا التصرف وليس لمولى العبد عند غيبة العبد ان يتقاضى دينه ان كان
عليه دين او لم يكن لانه ان كان عليه دين فكسبه حق غرمائه والمولى منه كسائر الاجانب وان لم يكن عليه
دين فوجوب المال كان بعقد العبد ولا يكون هو في هذا دون الوكيل وما وجب من الثمن بعقد الوكيل
لا يملك الموكل المطالبة به فهاهنا اولى كذا في المبسوط او الشريكان فافترقا اي وكل احد الشريكين الثالث
فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم هذا فيما لم يليه الوكيل بنفسه واما الذي وليه
بنفسه في المفاوضة فلا تبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر في باب وكالة المضارب من وكالة المبسوط
وكل احد المتفاوضين وكيلا ليبيع هو وليه ثم تفرقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى
ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما
هو وكيلا من جهتهما جميعاً فلا يعمل نقضهما الشركة بينهما واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ليبيع شيئا
من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان ينبغي في القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل
من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك ولكنه استحسن فقال
كل واحد من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح ولا
لا يحصل بتصرف واحد فصار راضياً دونا له من جهة صاحبه بالتوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وقوله
وهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل اي هذه الوجوه المعترضة من العجز والحجر والافتراق اذا اعترضت
على الموكل تبطل به وكالة وكيله وذكر في المبسوط عجز المكاتب يبطل وكالة وكيله في العقود والخصومات
الا في تقاضي الدين الذي وليه المكاتب او قضائه لان العجز يوجب الحجر عليه من انشاء التصرفات ثم
وكيله من الوكالات ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك
فان كوتب بعد ذلك لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل
وقد زال بالعجز ولم تعد الوكالة بالكتابة الناشئة بعد ذلك وكذلك الحكم في الاذن في التجارة قال
العبد المأذون لو وكل وكيلا بالبيع او بالشرا او بخصومة في شيء ولم يأته ثم حجر عليه مولاه بطلت وكالة
الوكيل فان اذن له في التجارة لم تكن الوكيل وكيلا في ذلك واما لو اخرج المولى وكيل العبد المأذون
عن الوكالة فليس ذلك بشيء سوا كان على العبد دين او لم يكن لان ذلك حجر خاص في اذن عام وذلك باطل
الا ترى ان المولى لو نهى العبد عن ذلك التصرف بعينه ولم يحجر عليه لا يعمل نهيه فكذلك اذا منع وكيله
منه لان ذلك من صنع التجارة والمولى لا يملك نقضه مع بقاء الاذن **فان قلت** يلزم في هذا نقض لما
المهد في الفقه وهو ان البقا اسهل من الابتدا فان صدور التوكيل ابتدا من المكاتب او المأذون عند
ممتنع حيث بعد توكيلهما رجلا ببيع شيء او شرائه حتى لو اذن له او كوتب بعد التوكيل او اعتقا كان الوكيل
على الوكالة فكيف بعزل وكيلهما بالعجز والحجر بقا بعد صحة التوكيل ابتدا **قلت** ذلك المعنى يقتضي
وهو ان صحة توكيل المحجور عليه قبل الكتابة والاذن لم يكن باعتبار ملك التصرف الذي هو ثابت للاذن وقت

الوكيل لا يبيع بعد رد المتصرف على الوكيل ولو رد عليه بعيب بقضا قاض فقد نقض القاضي في الرد على البائع
البيع لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضا قاضي فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع وذكر
مسالة الرد بقضاء القاضي في العيب من غير خلاف في جواز البيع الوكيل في المبسوط ووضع المسالة في الامة فقال
ولو باعها الوكيل والامر بها ثم ردت بعيب بقضا قاضي فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاضي
فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل واستقاض الوكالة كان حكما والحل الملك الموكل فاذا عاد ملكه عادت
الوكالة وكذلك لو كان الرد بخيار شرط كان للبائع او للمشتري او بفساد البيع او بخيار الرؤية لان هذه الاسباب
فسخ العقد من الاصل وان قبلها الموكل بالعيب من غير قضا قاضي بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها
وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدا في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وكان
الوكيل كان الموكل اشتراها ابتدا وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غير ملك جديد لم يكن
له بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة
[illegible] توكيل من المالك وذكر في الذخيرة لو قبله الموكل بعد القبض بالعيب بغير قضاء فانه لا يعود وكيلا
[illegible] بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث وصار في حق الوكيل كان الموكل اشتراه وهنا كذلك
الوكالة لانه لم يعد الى الموكل عين ما وكل لان العين يختلف حكما باختلاف السبب ولو اقاله المشتري
[illegible] للوكيل ان يبيعه ان كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة شرا جديد في حق الثالث وكذلك ان كانت
الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود من البيع وهو الثمن وان فات ولكن من
جهة الموكل [illegible] ان المقصود من التصرف من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم لان الوكالة باقية لان
[illegible] لم يوجد لكن بخروج العبد عن ملك الموكل بعد البيع على الوكيل فاذا عاد الى قديم ملك الموكل فيه
الوكيل ان يبيعه ثانيا كما لو باعه الوكيل ورد عليه بعيب كان له ان يبيعه ثانيا كذا في التتمة لانه يحتاج
الرجوع الى الواهب يحتاج في الرجوع وكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الواهبة وذكر في التتمة ولو
[illegible] الموكل لكن باعه الوكيل ثم رد عليه بعيب بقضاء فهو على وكالته ولو وكله بان يهب عبده ثم
رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه مرة اخرى قال محمد رحمه الله ولا يشبه الهبة البيع لان الوكالة
[illegible] تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ
البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الواهب
الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته ثم عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله اعلم

كتاب الدعوى ٥

[illegible] الدعوى اعظم المقاصد من شرعية الوكالة حتى اسد اكتاب الوكالة بمسالة الوكالة بالخصومة فتفتح على كتاب
[illegible] بكتاب الدعوى لما ان الوكالة بالخصومة سبب داع الى الدعاء دعوى عند القاضي فالمسبب ابدا يتلو
السبب ومحاسنها ما هو المحاسن في القضاء لان الدعوى سبب القضاء ومحاسن القضاء ظاهر لان القضاء قطع الخصو
[illegible] امتدادها فسادا اي فساد والله لا يحب الفساد فيحتاج ها هنا الى معرفة تفسيرها لغة وشرعا
وسببها وشرطها وحكمها وانواعها اما اللغة فالدعوى اسم للادعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو
[illegible] للتانيث فلا تنون وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وذكر شيخ
الاسلام والامام المحبوبي رحمهما الله الدعوى في اللغة عبارة عن اضافة شي الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة
[illegible] ملحوظ من قولهم ادعى فلان شيا اذا اضافه الى نفسه بان قال لي ومنه دعوة الولد لانه يضيفه الى
نفسه يقول ابني واما شرعا فيراد به اضافة الشي الى حالة مخصوصة وهي المنازعة وبهذا قال عليه
الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وقيل المدعي لغة من يقصد ايجاب الحق على الغير
[illegible] الاطلاق اسم المدعي في عرف اهل اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه
[illegible] قبل اقامة البينة فاما بعد اقامة البينة فيسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة لعنه الله مدعي
النبوة ولا يقال لرسول الله عليه الصلوة والسلام مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة فعرفنا ان اطلاق
اسم المدعي على من لا حجة له عرفا واما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع لان دعوى المدعي [illegible]

[illegible]

[illegible]

اما ان يكون امرا راجعا الى بقا نسله او امرا راجعا الى بقا نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكر واما شرائط
صحتها على الخصوص فمجلس القضا لان الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي ومن
شرائط صحتها ايضا ان تكون دعوى المدعي على خصم حاضر وان يكون المدعا به شيئا معلوما وان يتعلق به حكم
على المطلوب لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا او ان يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة
لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضا به وان لا يلزم على المطلوب شي بدعواه نحو ان يدعي انه وكيل هذا
الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذه اذا انكر الآخر لانه يملك عزله في الحال واما
حكمها فوجوب الجواب على الخصم نعم او بلا ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى لو نفى ما استحق عليه من
الجواب واما انواعها فشيئان دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم
والمطالبة بالجواب واليمين اذا انكر في مثل هذه الدعوى ويمكن اثبات المدعى بالبينة او بالنكول والدعوى
الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد معنيين اما ان لا يكون ملزما للخصم شيئا وان
ثبت على ما قلنا من ان يدعي شيئا غير واته وكيله والثاني ان يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن اثباته
بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضا بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول ثم الدعوى الصحيحة لا توجب
استحقاق المدعا للمدعي بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعا ناس دما
قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعا عليه كذا في المبسوط والفوائد
والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعي والمدعا عليه من اهم ما يبتنى
عليه مسائل الدعوى لان الانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع اليمين كما
في المودع اذا ادعى الرد على ما ذكر في الكتاب وقد اختلفت عبارات المشايخ فمنهم من قال المدعي من يشتمل
كلامه على الاثبات ولا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا الشي ليس لك لا يكون
خصما او مدعيا ما لم يقل هو لي والمدعا عليه من يشتمل كلامه على النفي ويكتفى به منه فان ذا اليد لو قال
ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضل من الكلام غير محتاج اليه ومنهم من قال كل من ادعى
باطنا ليزيل به ظاهرا فهو المدعي وكل من ادعى ظاهرا او قرارا على هيئته فهو المدعى عليه ومنهم من قال
كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدعي وكل بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعا عليه وكل من شهد
بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يد نفسه لغيره فهو مقر كذا في المبسوط وشرح الطحاوي
رحمه الله وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر فان الظاهر هو ان يكون الاملاك في يد الملاك وان الظاهر
براءة الذمة والمدعي هو خارج عن تصرف الاملاك يدعي الاملاك لنفسه ويدعي شغل الذمة فكان المدعي
ملتمسا غير الظاهر فالقول له اي للمودع مع اليمين كما ان القول قول المدعى مع اليمين وكذلك بينته تقبل
على الرد ايضا ذكره في باب الاختلاف في البيوع من بيوع المبسوط وفي ادب القاضي منه لانه ينكر الضمان
والقول قول من انكر لتمسكه بالاصل لان الاصل في الذمم الفراغ **فان قيل** يشكل على هذا ما اذا ادعى
المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب الدين ثم حضر رب الدين وانكر الوكالة فالقول لرب الدين
على ما مر في باب الوكالة بالخصومة مع ان المديون في دعوى البراءة متمسك بالاصل **قلنا** انعكس
الحكم هناك لانعكاس العلة لما ان المديون هناك يدعي البراءة بعد الشغل فكان الشغل اصلا والبراءة
عارضا واما هاهنا كان البراءة اصلا اي امرا اصليا فمن ادعى البراءة هنا كان متمسكا بالاصل فكان
القول قوله لما ان ذمة المودع كانت فارغة عن الشغل بالاصل وكان الشغل عارضا لا محالة فرب الوديعة
في انكار الرد يدعي الشغل وهو امر عارض فلا يكون القول قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما
في جنسه بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة اقفزة ولا بد في الدخن وان كان المدعى مكيلا
ما تصح الدعوى اذا ذكر المدعي جنسه بانه حنطة او شعير ولا بد مع ذلك من نوعها انها سقية او برية
خريفية او ربيعية ولا بد مع ذلك صفتها لعدم اسمين او لعدم سرحه ولا بد ذكر انها جيد او وسط او ردي
ولا بد ذكر قدرها بالكيل فيقول كذا قفيزا لان المقدر في الحنطة الكيل ولا بد ذكر بقفيز كذا لان القفزان تتفاوت
في ذاتها ولا بد ذكر سبب الوجوب لان احكام الدين تختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم
يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ليمتنع المحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض وان كان من ثمن

بيع

او بانجته وبذكر مع ذلك انه جيد او وسط او ردي هكذا كله من الرحبني وفصول الامام الاستروشني فان اعترف قضى عليه بها ولفظ القضا هنا مجاز للزوم لانه لما ادى الخصم لا حاجة الى قضا القاضي لان الاقرار بنفسه موجب وفي الايضاح فاذا اقر به لزمه اقراره وحكم به عليه ثم قال واطلاق لفظ الحكم بنا على الاقرار توسع في الكلام لان الاقرار حجة بنفسه لان الحجة ما يلزم الانسان موجبها وللانسان ولاية كاملة على نفسه فكان اقراره حجة لا يتوقف على قضا القاضي وكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به لانه على خلاف الحكم بالبينة فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب واذا قضى القاضي بالبينة فقد جعلها حجة وصار جانب احتمال الكذب ساقط العبرة في حق العمل به وصارت البينة بمنزلة الحجج الشرعية التي يجب العمل بها كالقياس واخبار الاحاد وانما يصير حجة على هذا المثال بعد اتصال القضا بها ان العمد بقضا القاضي في حق البينة لان يصيرها حجة والاقرار حجة بنفسه يلزمه الخروج عن موجب اقراره فيامره بالخروج عنه عن موجب الاقرار والدليل على هذا اصرح ما ذكره في الايضاح على ما قلنا الخطاب في قوله عليه الصلوة والسلام الك بينة للمدعي من الحضرمي والكندي وحديثهما الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فقال انه يحلف ولا يبالي فقال ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فذاك تنصيص على ان اليمين حق المدعي فاذا ما حلف يمين المنكر حق المدعي والله اعلم ان المدعي يزعم انه صار متويا حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه فيه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة للمدعى عليه فيكون اليمين اتوا في مقابلة اتوا وهو مشروع كالقصاص وان كان بخلاف ما زعم فالمدعى عليه نال الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا فان قيل ما فائدة اليمين في البينة لا على العكس ان نفس الدعوى ليست موجبة استحقاق المدعى للمدعي لان فيه اساءة الظن بالاخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة لاثبات استحقاقه فيها فلما طالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلعله تغفل عن ذلك فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعا عليه اذا اقامه البينة مشروعة بعد اليمين ثم لو حلفناه او لا ثم اقام المدعي البينة افتضح المدعا عليه باليمين الكاذبة فهو اثر لو ان اليمين حق المدعي هو ان اليمين لا تستوفى الا بطلبه **فان قيل** كيف يستحقها بنفس الدعوى **قلنا** كاستحقاق الاحضار وفي الجواب على ما ذكرنا من قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون والمعنى فيه هو ان دعوى المدعى عليه خبران فيه تعارضا ولا يمكن القاضي من تركهما على ذلك لما فيه من استداد الخصومة بينهما فلا بد من طلب رجحان جانب الصدق في خبر احدهما وذكر بينة المدعي او يمين المدعا عليه الى هذا اشار في المبسوط **فان قيل** ما وجه تخصيص جانب المدعي بالبينة وجانب المدعا عليه باليمين ولم ينعكس مع ان المعنى المطلوب من هذا وهو اظهار صدق كل احد منهما وهذا يتحقق في العكس ايضا وما وجه تخصيص عدد الاثنين في البينة **قلنا** ذلك المعنى فقهي بعد ورود الشرع به وهو ان كل واحد من المدعي والمدعى عليه محتاج الى نوع تاكيد ليترجح جانب صدقه على الاخر وان لم يكن ذلك المؤكد حجة ملزمة ثم المدعى عليه متمسك بما هو الاصل لان الاصل براءة الذمم وان يكون الاملاك في يد الملاك فهو غير محتاج الى شي اخر يؤكد قوله لتمسكه بالاصل وانما المحتاج اليه المدعي لدعواه ما خلاف الظاهر فلما جا المدعي بشاهد واحد تقوى صدقه لكن صدق المدعى عليه تقوى من جهة اخرى ايضا بشهادة الاصل على ما ذكرنا فاستويا واحتمال علة الصدق لتساويهما فيما يوجب الترجيح فوقعت المعارضة فترجح جانب المدعي بانضمام الشاهد الثاني الى الاول والمعنى في انضمام الشاهد الثاني الى جانب المدعي دون جانب المدعى عليه ظاهر وهو علة مجانسة الشهود او مجانسة انضمام حادث الى حادث لان الشاهدين كلاهما حادثان وانا لو قلنا باليمين على المدعي فلا يخلو اما ان نقول قبل ترجح جانب المدعي بشاهد واحد او بعده لا وجه للقول قبله لان ذلك يوجب الترجيح قبل المعارضة والمعارضة انما يكون بالمساواة ولا مساواة لقول المدعي مع قول المدعا عليه لرجحان قول المدعا عليه على ما ذكرنا ولا وجه بعده ايضا لانعدام علة مجانسة الضم لان اليمين ليست من جنس الشهود بخلاف الشاهد الثاني فانه من جنس الشاهد الاول ولان معنى الاتوا متحقق بل متعين في الاتوا الذي هو المشروع كما في القصاص انما يتحقق ان لو حصل اليمين في جانب المدعى عليه لما اتوى مال المدعي بانكاره جعل الشارع اتوا نفسه باليمين الكاذبة على زعم

المدعي في جانب المدعى عليه ولو جعل اليمين على المدعي لا يحصل هذا المعنى فلذلك تعين جانب المدعي بالبينة وجانب المدعى عليه باليمين لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام الك بينة فلا بد من طلبه اي طلب الاستحلاف لان اليمين حقه اي حق المدعي الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام بقوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه مع انها اي يمين المدعى عليه كما هي حق المدعي من حيث انها لا تستوفى بدون طلبه وهي ايضا حق المدعى عليه من حيث ان شرعيتها انما كانت لاظهار صدق المدعى عليه ولما كان ترجح صدق الانسان كان حقا له الى هذا اشار في المبسوط والله اعلم بالصواب

باب اليمين

وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين فمعناه حاضر في المصر احترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة لو كانت حاضرة في مجلس الحكم لا يجري الحكم باليمين بالاتفاق وان طلب الخصم وقالا اذا لم يكن الشهود في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه او نكوله عن اليمين فيتوسل الى حقه في الحال فكان له ان يطلب يمينه فابو حنيفة رحمه الله يقول ان المنكر انما يكون متلفا حق المدعي بانكاره اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف القاضي الخصم مع حضور الشهود لكان في ذلك افتضاح المسلم اذا اقام المدعي البينة بعد ذلك كذا في المبسوط لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك ان ثبوت الحكم في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال اذن لك يمينه حيث شرط الاستحلاف ان لا يكون للمدعي شهود حضور كذا في المبسوط فلا يكون حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن البينة اي بغير العجز عن اقامة البينة لا يكون له ولاية الاستحلاف ولا ترد اليمين على المدعي وهذه المسألة تجيء بعد هذه بقوله واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول الى آخره وجعل جنس الايمان على المنكر وليس وراء الجنس شيء **فان قيل** هذا التمسك بهذا الحديث المذكور انما يصح ان لو تعين الخارج للدعوى مدعيا وصاحب اليد لكونه منكرا وليس كذلك لكون كل واحد منهما صالحا ان يكون مدعيا من وجه ومنكرا من وجه لان كل واحد منهما يقول لصاحبه هذا الشيء لي وليس لك واذا كان كذلك تقبل بينة الخارج من حيث انه مدع وتقبل بينته من حيث انه منكر والدليل على صحة هذا مسألة المتبايعين اذا اختلفا في ثمن المبيع حيث يسمع بينتاهما ويحلفان جميعا فعلى هذا التقرير لم يكن في الحديث دليل على ان اليمين لم تشرع على المدعي **قلنا** التمسك بهذا الحديث على هذا الوجه صحيح وذلك لان ظاهر قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر يقتضي ان لا بينة على المنكر والمنكر غير المدعي لان النبي عليه الصلوة والسلام قسم الخصوم فجعل قسما مدعيا وقسما منكرا وقسم الحجة نوعين فجعل نوعا على المدعي ونوعا على المنكر والقسمة تقتضي التمييز فبناء على هذا الوجه وهو ان جعلنا الخارج مدعيا والمدعى عليه منكرا لان اول احوالهما في الخصومة على هذا الطريق لان اول ما يصدر من احوال المدعي هو دعوى ما في يد المدعى عليه واول احوال المدعى عليه في جوابه انكار ما ادعاه فسمي كل واحد منهما باول ما يصدر منهما جميعا في الخصومة مقصودا والمقصود هو المقدم وما ذكرته من انكار المدعي انكار المدعى عليه ودعوى المدعى عليه لما في يده وقع ضمنا لا قصدا فلا يستحقان الاسماء المميزة في لسان الشرع للمعاني الضمنية واما حكم المتبايعين من قبول بينتيهما وتحليفهما فحكم ثبت بالنص بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره الى هذا اشار في الاسرار ولا يقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق قيد بالملك المطلق احترازا عن الملك المقيد بدعوى النتاج وعن الملك المقيد بما اذا ادعى تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في المبسوط والاسرار وبينة الخارج اولى يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي رحمه الله تتهاتر البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك بالبينة فصار

كالنتاج

كالنتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عندي واقاما البينة على ذلك فانه يقضى لصاحب اليد وكذلك اذا تنازعا في نكاح امرأة واقاما البينة وهي في يد احدهما فصاحب اليد اولى وفي دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يدي رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق ذكره في باب العتاق من دعوى المبسوط ثم قال هناك لان المقصود هناك اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب وانما اثبته كل واحد منهما على العبد فلما استوت البينتان في الاثبات ترجح جانب ذي اليد بيده وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا فكان اولى بالقبول دليله البائع مع المشتري اذا اختلفا في مقدار الثمن فالبائع يقول كان الثمن الفين والمشتري يقول الفا واقاما البينة على ما ادعيا فبينة البائع اولى لما قلنا فكذا ها هنا وتحقيق هذا الكلام ما ذكره وهو ان البينات شرعت لاثبات الحقوق فايهما كانت اكثر اثباتا كانت هي اولى لما قلنا فكذا ها هنا وتحقيق هذا الكلام ظاهر لان الاخرى لا تعارضها لانه انما يصار الى الترجيح اذا استوت البينتان فاما اذا لم تستويا فلا يصار الى الترجيح وها هنا لا مساواة بين بينة المدعي وبينة صاحب اليد لان المدعي ببينته يثبت الملك ابتداء لان الملك لم يكن له فالان يثبت ببينته والمدعى عليه لا يثبت الملك لان الملك ثابت له بظاهر اليد وبينة الخارج لم توجب زوال ملكه لانها لا توجب الملك بنفسها وانما تصير موجبة للحكم عند اتصال القضاء بها فقبل القضاء يكون الملك ثابتا للمدعى عليه كما كان واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة للملك انما هي مؤكدة للملك الثابت والتأكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك وبينة الخارج تثبت اصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا فكانت اولى بالقبول ولا يلزم على كلامنا مسألة النتاج وما يشبه النتاج من النسج الذي لا يتكرر ونحوه لان البينتين ثمه استويتا في الاثبات لانهما قامتا على النتاج وانه يوجب اولية الملك لصاحبه واليد دليل على مطلق الملك لا على اولية الملك فصاحب البينة يثبت ببينته ما ليس له كالخارج فاستويتا ثم اليد دليل على نفاذ ذلك الملك فصارت مرجحة واما ها هنا فالكلام في مطلق الملك من غير تعرض للسبب ولا للوقت فكانت الدعوى واقعة في الملك في الحال واليد يدل عليه فيكون الثابت بالسنة ثابتا بظاهر اليد فكان عمل صاحب اليد ببينته هذا التأكيد فا[illegible] من هذا الوجه كذا في الطريقة البرغوية وقوله ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في علم القاضي واظهارا اي في الواقع فان الخارج ببينته يظهر ما كان ثابتا في الواقع بخلاف النتاج يعني اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد النتاج فبينة صاحب اليد اولى **فان قيل** فعلى ما ذكرتم من ان البينتين ايهما اكثر اثباتا كانت اولى ينبغي ان تقبل بينة الخارج في دعوى النتاج ايضا لانها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة صاحب اليد تثبت النتاج لا غير فكانت هي اقل اثباتا **قلنا** انما رجحنا بينة الخارج في غير النتاج لان بينته اكثر اثباتا لانه تثبت الملك على خصم هو مالك وبينة ذي اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك لان بمجرد اقامة الخارج البينة لم يثبت الاستحقاق له قبل القضاء فلا يصير هو مقضيا عليه لو قضي ببينة ذي اليد واذا قضي ببينة الخارج صار ذو اليد مقضيا عليه فلزيادة الاثبات رجحنا بينة الخارج بخلاف دعوى النتاج فان كل واحد من البينتين هناك تثبت اولية الملك لصاحبه وذلك لا يكون استحقاقا على غيره ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيا عليه اذا اقام البينة على النتاج حتى لو اقام ذو اليد البينة على النتاج بعد قضاء القاضي للخارج وجب قبول بينته فلما استويا في الاثبات رجحنا بينة ذي اليد كذا في المبسوط وذكر في الايضاح واذا ثبت ان معنى البينة هي الاثبات فقول الخارج تثبت على ذي اليد ملكا لم يكن ثابتا واما ذو اليد فلا تثبت على الخارج ملكا لم يكن ثابتا فلا بينة الا على سبيل الدفع لبينة المدعي ولهذا لم تقبل بينة ذي اليد قبل بينة الخارج على اصله لانه لا حاجة الى الدفع وهذا اصل هذه المسائل وعلى هذا بينة الخارج تقبل للاثبات وبينة ذي اليد تقبل اذا كانت متضمنة لدفع بينة الخارج فاذا اقامت البينتان على مطلق الملك كانت بينة الخارج في محلها لانها قامت للاثبات وليس في بينة ذي اليد ما يدفع بينة الخارج فلم تقبل فاما المسائل الاول فمسألة خارجة على هذا الاصل فانهما اذا تنازعا في النتاج فبينة صاحب اليد متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على اولية الملك واولية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت

[illegible]

بحسبه متصوره دفع بينة الخارج بخلاف مطلق الملك لانه يتصور ثبوت الملك لهما على التعاقب ان لم يتصور
على الانتظام فلم يكن في ظاهر بينة ذي اليد ما يدفع بينة الخارج بخلاف مطلق الملك لانه يتصور ثبوت الملك
لهما على التعاقب ان لم يتصور على الانتظام فلم يكن في ظاهر بينة ذي اليد ما يدفع بينة الخارج فلا يقبل
فان قلت ما جوابنا عن قول من قال ينبغي ان تبقى العين عند تعارض البينتين في الملك المطلق في يد
ذي اليد كما كان قبل التعارض كما في الادلة الشرعية وهذا لانه لما تعارضت البينتان تيقن القاضي بكذب
احدهما لان العين الواحد في وقت واحد لا يكون ملكا لكل واحد منهما فبطلت البينتان وبقي العين
في يد ذي اليد بحكم يده لان البينة في ايجاب الحكم على القاضي بمنزلة الادلة الشرعية في ايجاب الحكم على الكل **قلت**
الفرق بينهما ظاهر وهو ان الادلة الشرعية حجة في النفي والاثبات فيقع التعارض وههنا
البينات للاثبات لا للنفي وحاجة ذي اليد الى نفي استحقاق الخارج فلم يتحقق التعارض لذلك فلما لم
يعارض بينة ذي اليد بينة الخارج صار وجودها بمنزلة عدمها فلو قامت بينة الخارج عند عدم بينة ذي
اليد كان الحكم للخارج وكذا اذا قامت بينة ذي اليد عند معارضتها الى هذا اشار في المبسوط وقوله
ذكرا على الاعتاق واحد لان اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج
مع بينة ذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد وذكر في الذخيرة بخلاف ما لو تنازعا في عبد ادعى كل واحد
انه عبده دبره او اعتقه واقاما البينة فانه يقضى ببينة صاحب اليد لان هناك الدعوى في الخاص
في الولاء لان العتق حاصل للعبد بتصادقهما وقد استوت البينتان في اثبات الولاء وترجح صاحب اليد
بحكم يده قال لهذا اذا لم يذكرا تاريخا فاما اذا ذكرا تاريخا ان كان تاريخهما على السواء يقضى للخارج
لانه عند استوائهما في التاريخ يسقط اعتبار التاريخ ويبقى الدعوى في الملك المطلق وان ارخا وتاريخ احدهما
اسبق فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله التاريخ معتبر في دعوى الملك المطلق اذا اجتمعا على التاريخ فيقضى لاسبقهما
ثم ان كان اسبقهما تاريخا الخارج فلا اشكال لانهما لو كانا في التاريخ على السواء كان يقضى للخارج فاذا كان
هو سابقا في التاريخ كان اولى وان كان اسبقهما تاريخا ذا اليد فلانه اثبت الملك في وقت سابق على وقت
الخارج فيقضى ببينته بزيادة اثبات واستحقاق من حيث الوقت وفي بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث
انه يستحق على صاحب الملك الثابت له بظاهر اليد فاستويا في اثبات الاستحقاق فمن هذا الوجه ترجح
بينة صاحب اليد بحكم اليد كما في دعوى النتاج ان كل بينة لما اثبتت اولية الملك لصاحبها ولم يحتمل
التملك في هذا من جهة صاحبه واستويا في الاثبات ترجحت بينة ذي اليد لان يده دليل على زيادة صدقه
في دعواه فكذا ههنا وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فان حلف اخذ المال وان
ابى انقطعت المنازعة بينهما والزيقة عن الصادقة كما فعله عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين وقال
اخاف ان توافقه قضا فيقال ان عثمان حلف كاذبا ولما احتمل لم يكن حجة ولنا ان النكول دل على كونه
باذلا اي على قول ابي حنيفة رحمه الله او مقرا اي على قولهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب
لانه عليه الصلوة والسلام قال واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب **فان قلت** هذا التعليل
كله في معرض النص فلا يسمع لان الحديث المعروف وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر دل على ان فصل الخصومات اما بالبينة او باليمين لا بغيرهما فمن فصل بالنكول فقد
فصل بغير المشروع ولان اليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فلما نكل صار الظاهر
شاهدا للمدعي فيعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا بدانا بالايمان من جانب الزوج في اللعان لشهادة الظاهر
فانه لا يلوث فراشه كاذبا وان كان هو مدعيا وبدانا في القسامة بيمين الولي لشهادة الظاهر له
وان كان مدعيا ولان ما قاله الشافعي رحمه الله مؤيد بما روي عن علي رضي الله عنه فانه حلف المدعي بعد
نكول المدعى عليه **قلت** اما الحديث المعروف فمعناه ان الفصل ببينة المدعي ان وجدت او بيمين المنكر
ان وجدت وان عدمتا فلا ذكر له موجب طلب الفاصل بالراي واما اللعان فان كلمات اللعان شهادات
عندنا مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها مقصود وقد مر
ولان معنى اليمين في اللعان قائم مقام الحد ويجب اصالة لا خلفا فلا يمكن الا في الامكانات اللعان واما
اليمين ههنا صارت حقا للمدعي اذا عدمت البينة وليست باصل لانه لا يدعيها فيثبت انه خلف من اصل
والاصل ما ادعاه من المال واذا كان كذلك لم يكن بجابر هذا عليه وكذلك اليمين في دعوى القصاص تثبت

بطريق

اشارة الى قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه يعني ان النكول اقرار لانه نكول عن اليمين يدل على انه كان كاذبا فيما انكر لدعوى المدعي فمثل هذا الامانة الزاجرة عن كونه كاذبا في ذلك الانكار لما نكل عن اليمين الصادقة اذ فيه حصول الثواب له باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه بطريق التعظيم ودفع تهمة الكذب عن نفسه لامانته ولوجب على كل مسلم ان يدفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله لنفسه على ما كان وهذه الفوائد الثلاث تحصل عند اقدامه على اليمين الصادقة عنه فالعاقل لا يفوت الفائدة الواحدة عند امكان تحصيلها فكيف يفوت الثلاث فعلم بهذا كله انه انما نكل عن اليمين بسبب انه لو حلف انما يحلف كاذبا واليمين الكاذبة مهلكة لنفسه فكان نكوله صيانة لنفسه عن الاهلاك باليمين الكاذبة وكذب اليمين انما يكون اذا كان كاذبا في انكاره فيما قبل وتكذيبه انكاره المتقدم اقرار بالمال فعلم من هذا ان النكول اقرار بالمال وطرد بينهما ان هذه الحقوق تثبت مع الشبهات فيقضي فيها بالنكول قياسا على الاموال والوكالات والوصايا وعكسها الحدود والقصاص وهذا لان النكول بمنزلة الاقرار لكن فيه شبهة لانه سكوت في نفسه فيكون حجة فيما لا يسقط بالشبهات دون ما يسقط كشهادة النساء مع الرجال **فان قلت** يشكل على هذا ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا الزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر بذلك المرة **قلت** ان النكول ليس باقرار في نفسه ولكن جعل مقام الاقرار لقطع الخصومة بالاقرار او باليمين وانما يلزمه القطع بعذر الحجة فيقوم النكول مقام الاقرار بعذر الحاجة على الخصوص الا ترى انه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه فاما الاقرار فحجة لا للوجوب وقطع الخصومة علامة حتى لو اقر على غير مجلس القضاء او قبل الدعوى صح واذا كان كذلك لم يعمل النكول فيما وراء الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء انما استحلاف للخصم نفسه **فان قلت** الوكيل بالبيع اذا ادعي عليه عيب في المبيع واستحلف ونكل فانه يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل **قلت** وانه وان كان كالاقرار فهو امر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل ادخله فيه فعليه ان يخرجه منه كما استحق المبيع بعد الهلاك فان الوكيل يضمن ويرجع به على الموكل فاما اذا اقر فهو شيء لزمه باختياره للاقرار فانه كان يقضي عن الدعوى بالسكوت والنكول كما اذا اثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولم يرجع به **فان قيل** يشكل على ما قال الامثلة ذكرها في المبسوط وهي ان الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضى القاضي بنكوله لا يقضي بالمال على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به **قلنا** انما يقول لان النكول بدل عن الاقرار وليس باقرار ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الاقرار حيث يثبت المدعى بنفس الاقرار كذا في الاسرار والفوائد الظهيرية فكان اقرارا او بدلا عنه بفتح الدال المهملة اي فكان النكول اقرارا او خلفا عن الاقرار جاز ان يكون هذا الترديد لدفع بعض هذه الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار ولابي حنيفة رحمه الله انه بدل والمراد بالبدل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها دعوى مفسر بالهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى بنصف دار على انسان فانكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعا لا يصح لان هبة المشاع فيما لا يستطاع فيه القسمة لا يجوز فعلم ان تفسير البدل ما قلنا كذا في الفوائد الظهيرية ان معه لا تبقى اليمين علم ان النكول بدل لان اليمين اذا كانت الخصومة باقية وبالبدل لا تبقى الخصومة فلا يكون اليمين واجبة **فان قيل** هذا المعنى مشترك وهو ان اليمين كما لا تبقى مع البدل كذلك لا تبقى مع الاقرار ولو جعل ابو حنيفة رحمه الله عدم بقاء اليمين مع البدل دليلا على ان النكول بدل كان لهما ان يجعلا عدم بقاء اليمين مع الاقرار دليلا على ان النكول اقرار فما وجه ترجيح مذهب ابي حنيفة رحمه الله بهذا التعليل **قلت** لما كان كذلك كان حمل النكول دليلا على البدل اولى من جعله دليلا على الاقرار وذلك لانه لو كان اقرارا يكون المدعى عليه مناقضا لكلامه الاول لانه انكر مرة ثم لو جعل نكوله اقرارا كان كلامه متناقضا والصون عن التناقض واجب وما ذكره في الاسرار من التعليل لابي حنيفة اولى مما ذكر في الكتاب لعدم ورود صورة التناقض قال ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه حقوق لا يستباح

[illegible]

استحلاف

تناولهما ما لا ذن ابتدا فلا نقضي فيها بالنكول قياسا على القصاص في النفس وعلى عكسه الاموال وتفسير
هذا الكلام ان دخلا لو قال للقاضي انا حر ولكن هذا الرجل يؤذيني بالدعوى فاحب له ان يسترقني لم يحل
وكذلك لو قال انا ابن فلان ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فاحب له ان يدعيني وكذلك اذا قال لست
عبدا له ولا انا حر الاصل او معتق فلان لكن احب لهذا المرتب بالاباحة وكذلك المراة اذا قالت انا
لست بامراة له ولكن احب له الامساك بالنكاح وكذلك لو قال هذا المال ليس لي ولكني احب له تناوله
حل وكذلك لو قال بازاء ما ادعى جاز وكان صلحا على الانكار وكذلك اذا قال لو اوكله ما يفعل لكن
اذنت للحال وكذلك كل ما حل تمكين بلبته باذنه فهذا تفسير هذا الكلام هو ان كل محل يقبل الابتدا
بالاذن ابتدا من قبله فقضي عليه بنكوله وما لا فلا لان هذا اولى من ان يجعله اقرارا لان الخصومة كما
تنقطع بالاقرار تنقطع بالبذل والتمليك بلا اقرار كما تنقطع الخصومة بالصلح على الانكار وهو تمليك بدل
الاصل فيثبت انه جائز في الاصل مثله فقلنا بالبذل الذي هو عبارة عن ترك المنازعة لكون العمل به
عملا بالاذن في الامرين وكون البذل اقرب الى الانكار الذي سبق منه اولا لان الكلام فيه حتى يبقى هو
في انكاره ويحل الاخذ للمدعي بدعواه التي هي حق عنده واما لو جعلنا النكول اقرارا كما جعلنا المنكر كاذبا
في حقه فان قيل لو كان هذا بدلا لاستدبا كالهبة من قبل المقضي عليه كما في الصلح على الانكار لعلل اداء
ما ادعى بعضه لانه يضمن شيئا اخر كما لو صالح على انكار فاستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع
الى الدعوى قلنا لان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى
واما هاهنا فالمدعي يقول انا اخذ هذا باقرار اما وجب عليه في ذمته بالقضا فاذا استحق رجعت بما في الذمة
فان قيل ما لا يجب في الذمة اشد لا يصح **قلنا** بل يصح كما في الكفالة والحوالة فالذمة تقبل
الشغل بالدين والحقوق وسبب صحيح كالحوالة ولذلك بالمداينات **فان قيل** وجوب الحكم على القاضي
دليل على انه اقرار لا بدل لان البذل يبيح الاخذ للمدعي لكن لا يلزم القاضي ان يقضي به كالصلح على الانكار
قلنا اذا كان البذل صريحا فهو بدل من العقد فلا يلزم القاضي واما اذا كان نكولا فهو بدل بحكم
الشرع لما ان المدعي يستحق ما ادعى عليه بنفس الدعوى لولا منازعة المنكر فيه او بذمته والمدعى عليه ابطل
بالمنازعة في الشرع انطلقه الى اليمين ثم لما امتنع المنكر اليمين عاد الامر الى الاصل بحكم الشرع فيلزم القاضي
قطع منازعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لا يمكن استيفاؤه منه جبرا فاستقل بحكم الشرع الى الامر
فان قيل يشكل هذا بالعبد المأذون فانه يقضي عليه بالنكول وكذلك الصبي المأذون وبذلهما باطل **قلنا**
انما عللنا لبيان المحال التي تستحق بالبذل ابتداء والتي لا تستحق ولم نعلل لبيان البادلين وعدم صحة
البذل هناك انما نشأ من عدم اهلية الباذل لا من المبذول على ان المأذون فيهما يصح بذله بقدر ما دخل تحت
الاذن من الاطعام واهداء المأكول والاعارة ونحوها والبذل بالنكول مما دخل تحت الاذن فانه يستحلف
بالخصومات ويقبل نكوله **فان قيل** يقضي بالقصاص في الاطراف بالنكول ولا يعمل فيها البذل **قلنا**
البذل عامل اذا كان مفيدا حتى ان يقول لاخر اقطع اليمين يدي وبها اكلة فقطعها حل ولم يأثم ويعيده
يأثم ولا يحل وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين وان كان
صادقا فاما اذا قال لاخر اقطع يدي فلا يحل له لانه لا فائدة فيه بل فيه ضرر محض هذا كله مما اشار
في الاسرار الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون هذا جواب اشكال العبد يرد
على ما ذكرنا الاشكال من الاسرار وهو ان النكول اذا كان بذلا ينبغي ان لا يملكه المكاتب والمأذون لمال
في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فقال في جوابه انما يملكان لما لا بد له من التجارة كالضيافة
اليسيرة وبذلهما النكول كان من جملة ذلك وصحة الصيرورة الى القضاء بالنكول وهذا جواب سؤال
يعتبري وهو ان يقال ان الدين وصف في الذمة فكيف يجري فيه البذل فاجاب بما ذكر في المتن على وجه
يقع به الفرق بين الدين وبين الاشيا المعينة حيث يجري البذل في الدين ولا يجري في الاشيا المعينة الا
صحة النكول في حق اخذ الدين بناء على زعم المدعي ومعنى البذل هو ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان
المال ممتهن واما امر هذه الاشيا المذكورة فلا يجوز ترك المنع منها ويستحلف السارق يريد به اذا اراد المدعي
منه اخذ المال دون القطع لان المال حقه فامكن العزل منه فلا استحلاف فيستحلف على بالله ما له عليك
هذا المال لان المال يثبت مع الشبهات الا ترى انه يثبت بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة

ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يختفي بخصمه بذلك العذر لا يجبر على اعطاء الكفيل لكن اذا اعطى
مختارا يوخذ وكذا اذا كان المدعى عليه خفيرا لا يختفي المرء نفسه بذلك لا يجبر على اعطاء الكفيل كذا ذكره
الصدر الشهيد رحمه الله في ادب القاضي او يهودي غيب هذا يقتضي على التخفيف او بصيغة الغيبة في
التنفيل يقال قوم غيب يقتضي مثل خادم وخدم واما غيب فقياس كذا في المغرب فان فعل اي اعطى
الكفيل لا يكفل لعدم الغائب لانه لا فائدة في اخذ الكفيل هاهنا لان الغائب كالهالك من وجه
وليس كل غائب يؤوب وان اراد المدعي استحلاف الخصم يتمكن منه في الحال ولا معنى للاشتغال باخذ
الكفيل وكذلك اذا اقام شاهدا واحدا لان بالشاهد الواحد لا يثبت للمدعي شيء كما لا يثبت بنفس الدعوى
وان قال لا بينة لي وانا اريد ان استحلفه خذ لي منه كفيلا لا ياخذ منه كفيلا ولكن يستحلفه مكانه
لان حكم اليمين لا يختلف باختلاف الاوقات والقاضي مامور بفصل الخصومات في اول احوال الامكان فان
قال بينتي حاضرة خذ لي منه كفيلا فقال المطلوب ليس لي كفيل فانه يامر الطالب ان يلزمه ان احب
حتى يحضر شهوده كذا في المبسوط وذكر في ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله هذا اذا علم انه مسافر
اما اذا اشكل امره على الحاكم فانه يسال عن اهل محلته واصحابه او يحلفه عليه او ينظر في زيه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه ياخذ كفيلا الى جلوس القاضي مجلسا اخر حتى اذا كان يجلس في كل اسبوع مرة
ياخذ الكفيل الى سبعة ايام واذا كان يجلس في كل خمسة عشر يوما ياخذ منه كفيلا الى خمسة عشر
يوما وهذا القول احسن وهو ارفق بالناس في الزمان الاول وما قلناه ارفق بهم في زماننا حيث يجلس
القاضي في كل يوم والاستثناء منصرف اليهما اي الاستثناء المذكور بقوله الا ان يكون غريبا ينصرف الى
الملازمة والتكفيل والاستثناء منصرف اليهما اي الاستثناء المذكور بقوله الا ان يكون غريبا ينصرف
الى الملازمة والتكفيل وهذا التفسير انما يحتاج اليه على رواية القدوري لانه لم يذكر هناك بعد ان
مجلس القاضي في بعض نسخه الملازمة ولا التكفيل ومدتهما واما في كان فصل الا ان يلازمه الا ان
يكون غريبا على الطريق واما هاهنا فقد ذكر الملازمة ومدتها وكذا ذكر مدة التكفيل فلا يحتاج
الى قوله والاستثناء منصرف اليهما لانه ذكرهما كل واحد من الملازمة والتكفيل فلا يحتاج الى قوله
باستثناء على حدة زيادة على ذلك اي على مقدار مجلس القاضي **فصل** في كيفية اليمين
والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين في اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لما ان صفة الشيء يقتضي سبق الموصوف
وكيفية التي صفته واليمين بالله تعالى دون غيره والحر والمملوك والرجل والمراة في اليمين سواء لان المقصود
هو القضاء بالنكول وهو لا في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا في المبسوط ويؤكد بذكر اوصافه
وهو التغليظ اي بذكر اوصافه بدون حرف العطف حتى لو قال والله والرحمن والرحيم صارت
ايمانا والمستحق عليه يمين واحدة الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد من الاحتياط هو ان يذكره
بغير واو فانه لو ذكر قوله والله الرحمن الرحيم بالواوات صارت ثلاثة والمستحق عليه يمين واحدة
كذا في مبسوط فخر الاسلام رحمه الله وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة مبالات
المدعى عليه باليمين بالله لكن ذكر الامام السرخسي رحمه الله في الفصول ان القاضي اذا حلف المدعى عليه
بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو اراد تحليفه وحلفه ثم حلفه بالله
ايضا هو كذا ذكره خواهر زاده فنكل عن هذا اليمين لا يقضي عليه لانه حقه في اليمين مرة وقد حلف مرة وذكر فيه
ايضا الشاهد اذا انكر الشهادة لا يحلفه القاضي ولو قال المدعى عليه الشاهد كاذب واراد تحليف
المدعي ما يعلم انه كاذب لا يحلفه وكذا لو قال المدعى عليه ان شاهده عبد او محدود في قذف او شريك له
او شهد وهو ملك غيره واراد تحليف الشاهد او المدعي لا يحلف وذكر في المبسوط ولا يحلف الشاهد لانا
امرنا باكرام الشهود وليس من اكرامه استحلافه ولان الاستحلاف ينبني على الخصومة ولا خصم للشاهد في
الخلاصة ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله
في فتاواه وان اراد المدعي تحليفه بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضي خان رحمه الله
في فتاواه وان اراد المدعي تحليفه بالطلاق او العتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف
بالطلاق او العتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوز ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية ذكر في المغرب
ان حوبا بالعجم اسم اعجمي السند سوكند اذن خرج تنصره وفي المغرب السند الصالة طلبه لسندانا ومنه

[illegible]

فان قلت

باب التحالف

موطهر في الاستحلاف نشدتك بالله والله وناشدتك الله وبالله اي سالتك بالله وطلبت اليك عهده
لان ذكر النار مع اسم الله تعظيم لها وما ينبغي ان تعظم لان النار كغيرها من المخلوقات كما لا يستحلف المسلم
بالله الذي خلق الشمس وكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم
يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال يذكر ذلك في اليمين كذا في المبسوط لان الكفرة باسرهم
يعتقدون الله تعالى وانما يعبدون الاصنام تقربا الى الله تعالى بزعمهم قال الله تعالى ما نعبدهم الا ليقربونا
الى الله زلفى فيمتنعون من الحلف كاذبا بالله تعالى فيحصل المقصود وهو النكول ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم
بزمان ولا مكان وقال الشافعي رحمه الله اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم انما تخص بمكان
ان كان بمكة بين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلوة والسلام او في بيت المقدس
عند الصخرة وفي ساير البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا في المبسوط وشرح الاقطع
وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قايم هذا على قولهما لما ان الاستحلاف في النكاح قولهما يحلف على الحاصل
وهو ان يحلف في البيع ما بينكما بيع قايم وفي الغصب ما يستحق عليك رده وفي النكاح ما بينكما نكاح
قايم على ما ذكرنا الا اذا عرض بما ذكرنا وصفته المعرض ان يقول المدعي اذا عرض القاضي اليمين على المدعى
عليه بالله ما بعته ايها القاضي ان الناس قد يبيع شيئا ثم تقايل فيه حينئذ يلزم القاضي الاستحلاف
على حكم الحال وصار العدوان على اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعي عليه حين طالب به كذا في شرح
الاقطع وذكر في فتاوى قاضي خان رحمه الله وان ادعى مالا بسبب يحلف بالمال بذكر السبب بالله ما استقرضت
هذا المال او بالله ما اغتصبت منه هذا المال ويجوز لك الا ان يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول ايها
على هذا الوجه فان الرجل قد يستقرض مالا ثم لا يكون ذلك المال عليه عند الدعوى بان رده او ابراه فاذا
عرض له على هذا الوجه حينئذ يحلفه على الحاصل كما ذكرنا وبه اخذ بعض المشايخ رحمهم الله وقال شمس الائمة
الحلواني رحمه الله ينظر الى قول المدعى عليه عند الدعوى ان انكر المدعى عليه الاستقراض والغصب فقال ما
استقرضت منه شيئا ولا غصبت يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه شيئا ولا غصبت وان قال المدعى
عليه في الجواب ليس له علي هذا المال الذي يدعي ولا شي منه يحلف على الحاصل قال رحمه الله وهذا احسن الاقاويل
هكذا ايضا في الذخيرة وهذا هو الذي ذكره في الكتاب بقوله ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم حلف
على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما اي التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما وهو ان يقول بالله ماله حق
الرد بهذا العيب الذي يدعيه فان قيل التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه ايضا لجواز انه اشترى و
شفعة له بان سلم او سكت عن الطلب قلنا القاضي يجب نظرا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب
المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشرا اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب
التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله في ادب القاضي وان كان سببا
لا يرتفع الى ان قال اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى لا يحلف للمولى على الحاصل وانما حلف على السبب لانه
لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد الاعتاق ولو تصور عود الرق انما يتصور على
تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يكون ذلك على العبد المسلم لانه اذا ارتد قتل بخلاف العبد الكافر
والامة مطلقا فالتحليف على السبب بالاجماع بان قال والله ما اعتقت لانه لا علم له بما صنع المورث له فلا يحلف
على البتات واصل هذا ان الدعوى اذا وقعت على فعل المدعا عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت
هذا العين مني او غصبت يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم
حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصب هذا
العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله هذا الاصل مستقيم في المسائل
كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب يريد ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق
او ابق وانكر اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات
بالله ما ابق ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وانما كان هكذا لان البايع ضمن تسليم المبيع سليما عن
العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم
اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال
قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم

عند ابي حنيفة رحمه الله وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان الاجل هنا ليس من شرائط صحة العقد
فانكاره لا يكون انكارا لما هو من شرائط العقد فاذا انكر الاجل لا يعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد
ما اقر به فلا يصدق واما هاهنا فالاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان العقد يقتضي ايفاء
الثمن والمعقود عليه في المجلس والمشتري يدعي عليه التاخير وهو منكر فكان القول قول المنكر واذا اتفقا
في الاجل واختلفا في مضيه فالقول قول المشتري لان الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه كذا في ينابيع المبسوط
اذا استوفى بعض الثمن ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك حيث يكون اليمين على البايع لا غير وانما
لم يذكره لان ذلك معروف عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوي وهو الان ما بعد ما سماه اي لا يعلم
ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لا يختل ما به قوام العقد لان العقد لا شرط والاجل جائز
فاذا اختلفا في الاجل او في الشرط بقي العقد بلا شرط واجل وانه لا يوجب الفساد واما اذا اختلفا في
الثمن او المثمن وحلفا لا يثبت ما ادعاه احدهما ويبقى الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه
اخر وهو ان الاختلاف في الثمن والمثمن يوجب الاختلاف الا ترى انه لو اختلف الشاهدان فشهد
احدهما بالبيع بالف درهم والاخر بالبيع والدنانير لا تقبل واذا اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا
والاختلاف في الشرط والاجل لا يوجب الاختلاف في العقد الا ترى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف
الى شهر وشهد الاخر انه باعه بالف يقضي بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار
ثلاثة ايام وشهد الاخر انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا ذكره القاضي خان رحمه الله في الجامع
كذا ان الاختلاف في وصف الثمن بانه جيد او ردي وجنسه بانه دراهم او دنانير لان ذلك ان الاختلاف
في الوصف فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف فلما اختلفا في الوصف وهو معروف صار الاختلاف
في المعروف وهو الثمن لانه ليس بوصف اي لان الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه ثبت بواسطة
الشرط فان هلك المبيع اي بعد قبض المشتري ثم اختلفا اي في مقدار الثمن هكذا ذكر في المبسوط وقال وان
كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن يجعل قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف القول
قول المشتري مع يمينه وعند محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويرادان العقد على القيمة لظاهر قوله
عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا امتناع من الاستدلال بظاهر هذا الحديث
والحديث الاخر من ظاهر قوله عليه الصلوة والسلام والسلعة قائمة لان ذلك مذكور على سبيل التنبيه
انه تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتاتى تمييز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة
الا انه يقال انه ان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه فالبيع بالف غير البيع بالفين الا ترى ان شاهدي
البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه انه لو تعدد كل واحد منهما بانه قائمة
البينة وجب قبول بينته فعرفنا ان كل واحد منهما يدعي حقا ينكره صاحبه فيحلف كل واحد على دعوى صاحبه
وهذا المعنى عند هلاك السلعة قائم ومتحقق فصار كما لو ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان البيع
مقايضة وهلك احد البدلين ثم اختلفا ثم اذا حلفا فقد انتفى كل واحد من الثمنين بيمين المنكر منهما
فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون فاسدا والمقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه في حال قيامه
ورد قيمته بعد هلاكه وابو حنيفة رحمه الله وابو يوسف استدلا بقوله عليه الصلوة والسلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر والبايع هو المدعي والمشتري منكرا فكان القول قوله مع اليمين فاما
المشتري فلا يدعي لنفسه شيئا على البايع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال
قيام السلعة ايضا ولكن تركناه بالنص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط لا على وجه
التنبيه لان قوله اذا اختلف المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط
فكان شرطا لان موجب العطف الاشتراك والخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان في معناه وحال
هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما
بالتحالف فانه يفسخ العقد ويعود الى كل واحد منهما راس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك
والعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب وكذلك بالتحالف
وهذا لان الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه قد فات الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون

[illegible]

قلنا

[illegible]

فان قيل ... العقد ... الاخر ... [illegible]

واجبة على المشتري والفسخ على غير محله لانتاتي بخلاف بيع المقايضة فان احد العوضين هناك قائم وهو
معقود عليه ولهذا جاز الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وكذلك بالتحالف ولا معنى لقوله ان كل واحد منهما
يدعي عقدا اخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف يبيع بالفين وان البيع بالفين
لا يصير بالعين بالزيادة في الثمن والبيع بالفين يصير بالف عند حط بعض الثمن واختلاف الشاهدين
في مقدار الثمن انما يمنع قبول الشهادة لا لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب احدهما وقول مدعي المشتري
عند الانكار لانه يدعي صورة لا معنى وذلك يكفي لقبول بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على الخصم كالمودع
يدعي رد الوديعة فلا يتوجه به اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل عليه ان المشتري
لو كان جارية حل للمشتري وطيها ولو كان الاختلاف في الثمن موجبا اختلاف العقد لما حل له وطيها
كما اذا ادعى احدهما البيع والاخر الهبة وهذا بطل دعوى الفساد وهو قوله انهما لما حلفا بقي العقد بلا
ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطيها والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه
لما كان التراد رد الماخوذ حسا وحقيقة وذلك يتاتى عند قيام السلعة وان كان المراد رد العقد
فقد ثبت ان الفسخ انما يتاتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد في حادثة واحدة في حكم واحد
ورد ان المطلق محمول على المقيد كذا في المبسوط اذ اخرج المبيع عن ملكه اي عن ملك المشتري واما تفسير
زيادة الثمن اي وان التحالف بعد اعطا المشتري زيادة الثمن الذي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري
عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول
محمد رحمه الله بعد الهلاك مع عدم حكمه فانه حكم التحالف التراد فامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف
واجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع عما اقر به المشتري
قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري حينئذ فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع
فاذ قيل هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فان فائدة تحليف البائع
اذا نكل يدفع على المشتري ما ادعاه البائع عليه من الزيادة فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك
السلعة فانه اذا ادعى احدهما العقد بدراهم والاخر بدنانير يتحالفان ولزم المشتري رد القيمة كذا في الاسرار
لارتفاع العقد بهلاك المبيع فلم يكن في معناه اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام
السلعة لعدم امكان ترتيب موجب التحالف وهو الفسخ حيث لم يبق الفسخ لعدم محله فلا يتحالفان
ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن قوله يدعي كل واحد منهما
غير العقد الذي يدعي صاحبه فيختلف السبب فلما اذا حصل المقصود لغا السبب والمقصود للمشتري
من هذا السبب ملك المبيع وقبضه وهو قد حصل فلا يبالي حينئذ باختلاف السبب لمن اقر لغيره بالف
من ثمن العبد وقال المقر له لا بل غصبت مني لقاء يجب الالف على المقر به وانما يراعي من الفائدة ما يوجبه
العقد وهو ملك المعقود عليه وقبضه وهذا ايضا جواب عما قاله محمد رحمه الله من فائدة التحالف
بعد هلاك السلعة بقوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي بعد اعطا المشتري زيادة الثمن التي يدعيها
البائع على تقدير نكول المشتري عن اليمين على ما ذكرنا فلما تلك الفائدة ليست من موجبات العقد بل هي من
نكول المشتري عن اليمين وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته بل من موجب العقد
هو ملك المعقود عليه للمشتري وهو حاصل فلا يتحالفان وهذا ايضا اغنى قوله وانما يراعي من الفائدة
ما يوجبه العقد يصلح جوابا لما يرد من الشبهة على قوله ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول
المقصود فان قيل هنا يشكل بما اذا ادعى احدهما البيع والاخر الهبة فانهما يتحالفان على ما ذكرنا
من المبسوط في تعليل محمد فاجاب عنه بقوله وانما يراعي من الفائدة ما يوجبه العقد وليس التحالف
هناك ايضا من موجب العقد بل موجب العقد ثبوت الملك للموهوب له او للمشتري فلا يقال لو اعتبر
حصول المقصود من غير اعتبار اختلاف السبب كان ينبغي انه لا يتحالفا عند قيام السلعة لان المقصود
وهو ملك المعقود عليه للمشتري حاصل حتى لو كان جارية حل له وطيها قلنا نعم كذلك لكن
هو ثابت بالنص بخلاف القياس فعملنا به وهذا اذا كان الثمن دينا بان كان دراهم او دنانير او من
المكيلات او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فان كان عينا اي فان كان الثمن عينا بان كان
الثمن غير الدراهم والدنانير وغير الموصوف من المكيلات والموزونات الثابتة في الذمة يعني اذا كان

البيع

وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لان البائع يدعي زيادة في قيمة الهالك والبينات شرعت لاثبات
الزيادات قلت المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباته الزيادة
ان الذي وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك فكان اولى بالاعتبار كذا ذكره الامام المرغيناني وقاضي
خان رحمهما الله وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين الى اخره ذكر تلك المسألة التي احالها
على بيوع الاصل للامام قاضي خان رحمه الله في الجامع الصغير واحالها على الجامع فيجوز ان يكون مذكورة فيهما
فيهما جميعا ويقسم الثمن على قيمتهما اي على قيمتهما يوم القبض فان اختلفا في قيمة الهالك اي في مسألة
الاصل لانها تتوجه على احد العاقدين اي لا على الوكيل ولا على النائب لما ان اليمين لا تجري فيها النيابة
والبائع منكر حقيقة لانه ينكر سقوط الزيادة ولهذا تقبل بينته ايضا اي كما ان الاعتبار في الايمان
اي يمين البائع حتى كان القول قوله باليمين فلذلك في البينات الاعتبار لبينة البائع لكون بينة الزيادة اثباتا
من بينة المشتري ويترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا وهذا يبين لك
معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله اي ما ذكر في الاصل يبين لك صحة ما ذكرنا من قول ابي يوسف
رحمه الله من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في الجامع الصغير وذكر في الجامع الصغير لصدر
الاسلام رحمه الله والبائع منكر حقيقة فيجب عليه اليمين والبائع ايضا مدعي ايضا من حيث الظاهر فانه
يدعي زيادة قيمة الهالك فيقبل البينة بينته وهذا هو الاصل في الدعاوى فكذلك في مسألتنا المشتري
يدعي سقوط الزيادة من الثمن الذي اقر به والبائع ينكر فكان القول قوله مع اليمين والبينة بينة البائع
الفا ثابتا ومن اشترى جارية وقبضها اي ونقد الثمن ايضا وذكر الامام قاضي خان رحمه الله رجل اشترى
جارية بالف وتقابضا ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول اراد به ثم اراد اذا تقايلا
ولم يسلم الجارية الى البائع بحكم الاقالة حتى اختلفا في الثمن لان التحالف قبل القبض موافق للقياس
يعني الى الاقالة ثم في فصل البيع اذا اختلفا ويعذر ايضا البيع ليعذر الترجيح يفسخ العقد ليعود كل
واحد منهما الى اصل حقه فكذلك في الاقالة وقبل الاقالة كان حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع ه
فاذا اختلفا يفسخ الاقالة حتى يعود كل واحد منهما الى ~~اصل حقه فكذلك في الاقالة~~ وقبل الاقالة كان
ويعود البيع الاول معناه انه يعود الاول اذا فسخ القاضي او فسخا باتفاقهما الاقالة لان الاقالة لا تنفسخ
الا بالفسخ كالبيع كذا ذكره صدر الاسلام رحمه الله ثم الاقالة قابلة للفسخ حتى ان المبيع اذا هلك في يد
قبل الرد الى البائع بعد الاقالة فانه ينفسخ الاقالة ويعود البيع الاول حتى يكون الهالك في ضمان
المشتري كذا كان بخط شيخي رحمه الله ولكن ما اثبتنا التحالف فيه اي في التقايل بالنص الى اخره هذا
جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ينبغي ان لا يجري التحالف في التقايل كما لا يجري فيه التحالف اذا وقع
الاختلاف بينهما بعد قبض البائع المبيع بعد الاقالة عندهما خلافا لمحمد رحمه الله لثبوت التحالف بين المتبايعين
بالسنة بخلاف القياس فاجاب عنه بهذا على وجه يقع الفرق بينهما اذا وقع الاختلاف في الثمن
بينما اذا قبض البائع المبيع بحكم الاقالة وبين ما اذا لم يقبض وانكر ثبوت التحالف بخلاف القياس
الا لم يقبض البائع المبيع بحكم الاقالة لان المسألة مفروضة قبل القبض اي قبل قبض البائع المبيع بعد
الاقالة ولهذا نقيس الاجارة ايضا حتى لو قوله وانما اثبتناه بالقياس الاجارة على البيع قبل القبض يعني
اذا اختلف المؤاجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة والقيمة على العين فيما اذا استهلك
المشتري استهلك بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة اسم المفعول اي تعتبر قيمة المشتري
المستهلك التي وجبت على المستهلك الذي استهلكه في يد البائع على العين الذي في يد البائع يعني ان المتبايعين
اذا اختلفا في ثمن المبيع الذي لم يقبض يجري التحالف بينهما بالنص الذي يوافق القياس وكذلك
اذا استهلك مستهلك المبيع في يد البائع وقد قامت مقام المبيع في بقاء البائع حتى كان للمشتري اختيار
الرضا بدفع الثمن واخذ القيمة ثم لو اختلف المتبايعان في ثمن المشتري المستهلك الذي قامت القيمة
مقام المشتري يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص الذي
ورد بالتحالف حال بقاء العين معقول المعنى وذكر في المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك
واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض
لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه ثم ههنا عبارة الكتاب فيما اذا استهلكه

[illegible]

وان

قلت

فان قلت

في يد البايع عند المشتري هكذا كانت على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف لانه يبقى النص معلولا بعض القبض اي قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا معلول بكون وجوب الانكار من كل واحد من المتبايعين لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالفين فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت بين ان يكون المبيع في يد البايع ثم وقع الاختلاف او في يد المشتري ثم وقع الاختلاف ولما كان النص عندنا معلولا نعدي حكمه من البيع الى الاقالة وان كان بعد قبض البايع المبيع بعد الاقالة وقد ذكرنا قبل هذا في هذا الباب ان كون النص بعد القبض حال قيام السلعة غير معلول عند الفاضي اي خادم رحمه الله واما عندنا فمعلول ما دامت السلعة قائمة سوا كان قبل القبض او بعده وان اختصاص محمد رحمه الله باقه في النص معلولا انما يظهر فيما اذا وقع الاختلاف بعد هلاك السلعة وقد ذكرناه فالقول قول المسلم اليه اي مع يمينه وذكر صدر الاسلام رحمه الله فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان ولا يعود المسلم لان الاقالة في باب السلم ليس بيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط المسلم فيه اصلا فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض اي الفسخ يعني ان التحالف لا يجري في باب السلم وان وقع اختلاف المتعاقدين في الثمن بل كان القول قول المسلم اليه مع اليمين ولا يعود السلم اما وجوب اليمين على المسلم اليه دون رب السلم لان رب السلم يدعي على المسلم اليه الزيادة من راس المال وهو ينكر اما المسلم اليه لا يدعي شيئا على رب السلم لان المسلم فيه قد سقط عنه بالاقالة واما عدم عود المسلم لان ذلك اثر الفسخ الذي هو موجب التحالف ولا يجري التحالف في اقالة السلم وان كان اختلافهما واقعا في الثمن وذلك لان التحالف شرع للفسخ واقالة السلم ما لا يحتمل الفسخ الا ترى ان راس المال لو كان عرضا فرده بعيب على رب السلم ولم يسلم اليه حتى هلك في يده لا يعود السلم ومثله لو اشترى عرضا فرده بعيب ولم يسلم الى البايع حتى هلك في يده بطل الرد ويعود البيع والفقه فيه ان المسلم فيه قد سقط بالاقالة ولو انفسخت الاقالة كان يحكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود ولو تصور لا يعود براس المال لانه دين اما الاقالة في البيع حكمها عود المبيع الى البايع فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشتري وملك العين محل يحتمل العود كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله **فان قلت** الاقالة في بيع العين بعد قبض المبيع انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين واما في حق المتعاقدين اعتبر فسخا الا ترى ان القبض لما كان من حقهما اعتبرت الاقالة في حق القبض فسخا فيما بينهما حتى ان البايع لو باع المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جاز ولو باع من غيره لم يجز والتحالف حقهما بدليل انهما لو تراضيا كا... واذا كانت فسخا في حق التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف عرفت شرعيته في العقود دون الفسوخ الا ترى انه لو حصل الفسخ بخيار الرؤية او بخيار الشرط او بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض والثمن منقود واختلفا في مقداره لا يتحالفان **قلت** الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب بالبيع اتمامه فاما في حق ما كان من حقهما وليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه فانه يعتبر بيعا جديدا في حقه كما في حق الثالث ولا يعتبر فسخا كما في الاجل فان من له على اخر دين مؤجل فاشترى به عبدا ثم تقايلا العقد لا يعود الاجل لان الاجل ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه وكذا التحالف ليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه لانه لا يجب بالبيع لان شرعيته لنقضه لا لاتمامه بخلاف ما اذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية لانه يتعذر اعتباره بيعا في حق الثالث لعدم الرضا وكذا اذا كان الرد بقضا **فان قلت** ما الفرق لمحمد رحمه الله بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال وان فات المعقود عليه في الفصلين جميعا **قلت** الاقالة في السلم قبل القبض اي قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه على ما ذكرنا والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في الفوايد الظهيرية فانهما اقاما البينة يقبل اي قبول بينة المراة فظاهر لانها تدعي الاكثر

[illegible]

قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

انها عارية عندي او ما اشبه ذلك كذا في الدخيرة وقال في المبسوط ولو ادعى عينا في يد رجل انها
له وقال الذي في يده اودعنيها فلان او اعارنيها او وكلني بحفظها لم يخرج من خصومة المدعي الا ان
يقيم البينة على ما قال عندنا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله يخرج من خصومته بمجرد قوله من غير بينة
وقال ابن شبرمة لا يخرج من خصومته وان اقام البينة على ما قال اما ابن ابي ليلى فقال كلام ذي اليد
اقرار منه بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه لقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة
ولانه لا تهمة فيما يقر به على نفسه فيثبت ما اقر به بمجرد اقراره ويتبين ان يده يد حفظ لا يد خصومة
والدليل على صحة هذه القاعدة ان من اقر بعين لغائب ثم اقر بها لحاضر ثم جاء الغائب وصدقه يؤمر
بالتسليم اليه وكذلك الصحيح اذا اقر بدين لغيره ثم مرض وصدقه المقر له كان اقرار الصحة
واما ابن شبرمة فقال ان هذه البينة تثبت الملك للغائب وهو ليس بخصم في اثبات الملك له لانه
لا ولاية لاحد على غيره في ادخال شيء في ملكه بغير رضاه ثم خروجه من الخصومة في ضمن اثبات الملك
لغيره واذا لم يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة اذا ثبتت في ضمن البيع فبطلان
البيع يبطل الوصية ولنا ان هذه البينة تثبت امرين احدهما الملك للغائب والحاضر ليس بخصم
فيه والثاني دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك فكانت مقبولة فيما وجدت خصما فيه
كمن وكل وكيلا بنقل امرأته او امته فاقامت البينة ان الزوج طلقها او ان المولى اعتقها تقبل هذه البينة
لقصر يد الوكيل عنها ولا يقبل في وقوع الطلاق والعتاق ما لم يحضر الغائب وهذا لان مقصود ذي
اليد ليس هو اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ وليست بيد خصومة وفي هذا المدعي
خصم له فيجعل اثباته بالبينة عليه بمنزلة اقرار خصمه وهذا بخلاف ما اذا ادعى المدعي غصبا
على ذي اليد حيث لا يندفع الخصومة عنه بهذه البينة لانه هناك انما صار خصما بدعوى الفعل عليه
دون اليد اما في الملك المطلق فانما صار خصما بيده الا ترى ان دعوى الغصب مسموعة على غير ذي
اليد ودعوى الملك غير مسموعة فاذا اثبت ان يده يد غيره التحق في الحكم بما ليس في يده ولهذا قلنا
بمجرد قوله قبل اقامة البينة لا يندفع الخصومة عنه لان المدعي استحق عليه الجواب فصار هو خصما له
لظهور الشيء في يده فلا يملك اسقاطه بمجرد قوله وهو لا يثبت اقراره بالبينة كما زعم هو انما
يثبت بالبينة اسقاط حق مستحق عليه عن نفسه وهو جواب الخصم وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان
ذو اليد رجلا معروفا بالحيل لم تندفع الخصومة عنه باقامة البينة وان كان صالحا تندفع الخصومة
رجع الى هذا حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس وقد يحتال المحتال فيدفع ماله سرا الى من يريد
السفر ويامره ان يودعه علانية حتى اذا ادعاه انسان يقيم البينة على انه مودع فيندفع الخصومة عن
نفسه ومقصوده الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فلا يندفع عنه الخصومة اذا كان
متهما بمثل هذه الحيلة كذا في دعوى المبسوط **فان قلت** ما الفرق بين ما اذا كان العين قائما
في المسألة وبين ما اذا كان هالكا في ذي اليد وان اقام ذو اليد البينة على انه كان وديعة
عنده من فلان الغائب **قلت** الفرق بينهما هو ان العين اذا كان قائما فالدعوى تقع في العين
والمدعا عليه انما ينتصب له خصما في العين بظاهر يده فان ظاهر اليد يدل على الملك الا انه يحتمل انه ليس بيد
ملك وباقامة البينة ان العين وديعة عنده يظهر ان يده ليست بيد ملك فيندفع عنه الخصومة اما اذا كان
العين هالكا فالدعوى تقع في الدين ومحل الدين الذمة فالمدعا عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته
ولما اقام المدعا عليه من البينة ان العين كان في يده وديعة لا يتبين ان ذمته لغيره فلا يتحول الخصومة
منه الا ترى ان القاضي يقضي بالقيمة على مودع الغاصب وان كان يده في العين يد غيره **قلت**
كان ينبغي ان لا يقضي بقيمة العبد هنالك لانه لا يملك القضاء بقيمة العبد للمدعي لا بعد القضاء
له بملك العبد لانه لا يجوز ان يكون قيمة العبد لانسان ويكون الملك في العبد لغيره وقد تعذر القضاء
ها هنا للمدعي بملك العبد لانه لا يجوز ان يكون على ذي اليد لان ذا اليد اثبت ان يده في العبد ليست بيد ملك
وان الملك في العبد للغائب قلنا ليس من ضرورة القضاء بقيمة العبد للمدعي القضاء بملك العبد
له اذ يجوز ان يكون العبد لانسان وبدله لغيره الا ترى الى ما قال اصحابنا في رجل قال لغيره
بعتك هذا العبد الذي في يدك بالف درهم ولي عليك الف درهم فقال ذلك الرجل ما بعته

[illegible]

باب ما يدعيه الرجلان

[illegible]

مني وما اشتريته انا واما من يريد مما تقول لا اعلم لي به فقط فاقام المدعي بينة على ذلك وجب على المنكر ثمن العبد
ولم يكن العبد ملكا له **فان قيل** ما الفرق بين دعوى الملك المطلق وبين دعوى الفعل حيث يكون
صاحب اليد خصما للمدعي في دعوى الفعل حتى ان مدعيا لو ادعى على ذي اليد الفعل بان قال هذا العين
ملكي غصبته مني او قال اخذته مني او رهنته وقال ذو اليد انه لفلان الغائب اودعه عندي واقام
بينة على ذلك لا تندفع الخصومة عن ذي اليد **قلت** ان في دعوى الملك المطلق صاحب اليد انما صار
خصما بيده لان دعوى الملك المرسل لا تصح الا على ذي اليد فانه لو ادعى دارا في يدي رجل ليس في يده دار
لا تصح دعواه فعلم ان في دعوى الملك المطلق صاحب اليد انما انتصب خصما بحكم يده واليد مترددة بين
ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وبما اقام من البينة اثبت ان يده يد غيره
وانها ليست بيد خصومة انما هي يد حفظ اما في دعوى الفعل صاحب اليد انما انتصب خصما بدعوى الفعل
عليه وهو الغصب لا بحكم اليد الا ترى ان دعوى الغصب كما تصح على ذي اليد تصح على غير ذي اليد حتى ان
من ادعى على اخر انه غصب عينه وليس في يده عند صحت دعوته ويلزمه القيمة لما ان فعله لا يتردد بين
ان يكون له وبين ان يكون لغيره حتى يقال بهذه البينة تبين ان فعل صاحب اليد فعل غيره بل فعله
مقصور عليه فلذلك لا تندفع الخصومة عنه في دعوى الفعل ثم معنى قوله على هذا الاصل ما اذا كان العبد
في يدي رجل جاء رجل واقام بينة انه عبده اشتراه من ذي اليد بالف درهم ونقد الثمن واقام صاحب
اليد البينة انه وديعة عنده من فلان لا تندفع الخصومة عن ذي اليد لان ذا اليد انتصب خصما للمدعي
بدعوى الفعل عليه لان هذه المسالة موضوعة فيما اذا ادعى المدعي شراه ونقد الثمن ولم يذكر قبض
المبيع فكان المدعي مدعيا عليه فعلا وهو وجوب تسليم المبيع الى المشتري وفي دعوى الفعل يعتبر
ذو اليد مدعى عليه خصما بدعوى الفعل عليه لا تندفع الخصومة عنه باقامة البينة على الايداع
من الغائب لان المدعي يدعي عليه وجوب التسليم وهو فعل في ذمته والافعال الواجبة في ذمة
الانسان مقصورة عليه لا تتعدى الى غيره فلا يتعدى على تحول هذه الخصومة الى غيره فاما اذا ادعى الشراء والقبض
منه وشهد الشهود بذلك والمسالة بحالها وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا تندفع الخصومة عن
ذي اليد وبعضهم قالوا لا تندفع هذا كله مذكور في الفصل الثاني والعشرين من دعوى الذخيرة كما بينا
من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة كما قال ابن ابي ليلى رحمه الله فانه يقول تندفع
الخصومة عن ذي اليد باقامة البينة على ما قال وقد ذكرناه كما اذا ادعى تحول الدين اي الحوالة
اي فصار كما اذا اقام البينة انه احال بالدين على اخر كذا في شرح الاقطع فالجواب كما قلناه اي تندفع الخصومة
باقامة البينة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله المسافر اي ماله باعتبار ظاهر اليد ولكن هو في الحقيقة
مال الغير لانه اذا كان ماله حقيقة لا يحتاج هو الى مثل هذه الحيلة وذكر في الذخيرة في هذا الموضع
لان مثل هذا الاحتيال يوجد فيما بين الناس فان الانسان ياخذ مال غيره غصبا ثم يدفعه سرا الى من
يريد ان يغيب عن البلد حتى يودعه علانية بمشهد من الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه
فالمدعى عليه يقيم بينة على الايداع من الغائب ويدفع خصومة المالك بذلك والقاضي نصب ناظرا
للمسلمين فينبغي ان ينظر في حق المدعي في حق المدعى عليه وذلك بان لا يلتفت الى بينة المدعى عليه ان عرفه بالحيل
والتزوير ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه الى اخره واذا وجب قبول البينة فلا يخلو اما ان يدعي ان اودعه
رجل معروف بنسبه وتقيم البينة بذلك او يدعي انه اودعه رجل مجهول وتقيم البينة بها وتقيم البينة
انه اودعه رجل يعرفونه بوجهه ولا يعرفونه بنسبه اما في الفصل الاول فالشهادة مقبولة لانهم احالوا
الخصومة الى معروف يمكن طلبه ولا اشكال انه غير المدعي وفي الفصل الثاني لا تقبل بالاجماع وفي الفصل
الثالث تقبل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولا تقبل عند محمد رحمه الله وحاصله ان محمدا رحمه الله
اعتبر في هذه المسائل جهة الحوالة الى معروف لا يبطل به حق المدعي واعتبر ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما
الله الدفع لا غير كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله في الجامع وقوله اودعه رجل لا نعرفه اي اصلا لا
باسمه ولا بوجهه وفي المسالة الاولى يعرفونه بوجهه ونسبه واسمه فلا الحوالة عند محمد رحمه الله
الحاق لا تندفع الخصومة عنه للوجه الثاني وهو قوله لانه ما احاله الى معين وفي المبسوط وجه قول
محمد رحمه الله انه احاله على مجهول لا يمكنه اتباعه ليخاصمه فصار هذا بمنزلة قوله اودعه رجل لا نعرفه

دفعا

بالملك كالقياس فانه لا يرفع القياس بخلاف المتعقبات بل دونه اي بل دعوى المدعي الاخر دون
دعوى المدعي الاول لان الاول قد اتصل القضاء به الا ان يوقت شهود الثاني سابقا اي اثبت المدعي
الثاني بالشهود ان نكاحه اسبق من نكاح المدعي الاول الحصيد لحكم بصحة نكاح المدعي الثاني فات
المدعي الثاني ثان ظهورا ولكن هو سابق وقوعا لسبق نكاحه بالبينة والثابت بالبينة كالثابت
معاينة فلو عاينا نكاح انسان كان نكاح الاخر مع تقدمه باطلا فكذا هنا وذكر في نكاح المبسوط ولو
تنازع رجلان في امراة كل واحد منهما يدعي انها امراته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما او كان
دخل بها فهي امراته لان البينتين اذا تعارضتا على العقد ترجح احداهما بالقبض كما لو ادعى رجلان
تلقي الملك في عين من ثالث بالشرا واحدهما قابض واقاما البينة كان بينة صاحب اليد اولى ولان
فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما امكن والامكان ثابت هنا بان يجعل نكاح الذي دخل بها
ثانيا حين دخل وهذا لان من الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ
كالتصريح بالتاريخ الا ان يقيم الاخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة
التصريح بالسبق وان لم تكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهوده
شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن
لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المراة انه تزوجها قبله او انه زوجها دون الاخر فهي امراته
الا ان بينته تترجح باقرارها له كما بينا في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل
بهما بقي تصادق احد الرجلين مع المراة على النكاح فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كل واحد منهما
انه اشترى منه اي من الثالث الذي هو صاحب اليد فجعلناه من صاحب اليد وانما قيد به لان
كل واحد منهما لو ادعى الشرا من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشرا من واحد او من اثنين فالحكم
على التفصيل يجي بعد هذا في الكتاب وذكر في المبسوط دار في يد رجل فادعى رجل انه اشتراها منه
بمائة درهم ونقده الثمن وادعى الاخر انه اشتراها منه بمائتي درهم ونقده الثمن ولم يوقت واحد
من البينتين وقتا فلكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصفه بنصف الثمن الذي شهد به شهوده وان
شا ترك لانهما تصادقا على ان الملك كان في الاصل لذي اليد وادعى كل واحد منهما التملك عليه
بسبب الشرا وقد استويا في ذلك ولو استويا في اقامة البينة على الملك المطلق عليه قضي به بينهما
نصفان فكذلك هاهنا **فان قلت** وقد سبق القاضي بالمراد احد الفريقين لان البيعين
على دار واحدة من رجلين من كل واحد منهما بكمالها مستور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينتان
قلت الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا وتصور البيعان
والشري من واحد لعين واحدة فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له اداء الشهادة فيجب العمل بها بحسب
الامكان ولان البيعين متصور وقوعهما في وقت واحد لعين واحد من وكيل المالك ويضاف عقد
الوكيل الى الموكل مجازا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل فانه يجوز عقد
الوكيل لعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد ويقضى
لكل واحد من المشتريين بنصفها ويتخير كل واحد منهما لتفرق الصفقة عليه فانه اثبت عقده في الكل
فتبعض الملك عليه حين لم يسلم له الا النصف حز منها فان رضيا به فعلى كل واحد منهما نصف الثمن
بقدر ما يسلم له من المبيع وذلك النصف بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له
ان ياخذ الجميع لانه اثبت شراه في الكل ولم ينفسخ القاضي بيعه في شي وانما كان القضا له بالنصف
لمزاحمة صاحبه معه فاذا زالت المزاحمة يقضى له بالكل كالشفيعين اذا سلم احدهما قبل قضاء
القاضي لهما فقضي للاخر بجميع الدار بخلاف ما لو كان تسليمه بعد القضا فانه لا يكون للاخر الا نصف
الدار ولو وقت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت **فان قلت** ما الفرق
بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشرا من رجلين واقاما بينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى
يقضى به بينهما نصفين وهاهنا يقضى لصاحب الوقت **قلت** جواب هذا يجي بعد هذا بورق
في الكتاب واوضح الفرق بينهما في المبسوط فقال لان كل واحد منهما هناك خصم على بايعه في اثبات
الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على سبق ملك بايعه فلعل ملك البايع الاخر اسبق فلهذا قضينا به بينهما

[illegible]

اما هاهنا فاتفقا على ملك البايع الواحد فما حاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه
الى اثبات الملك وسبب الملك في حق الذي وقت شهوده اسبق في ذلك لان شراهما حادث فاما حال
حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ وانما يثبت شرا الذي لم يوقت شهوده في الحال
وقد اثبت الاخر شراه سابقا فكان هو اولى ومعناه انه قد تبين اي القبض ثابت في بين معاينة
في الحال ثم قوله ومعناه انه قد تبين انما احتاج الى هذا التفسير هذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز
ان يحمل على ان يكون معناه اي اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البايع جاز
ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة لان تمكنه
من قبضه يدل على سبق شراه وذلك لان كل واحد منهما لما لم يثبت تاريخ الشرا كان شراهما ثابتا في الحال
لما ذكرنا من المبسوط ان شراهما حادث فيحال بحدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ ولما
كان كذلك كان شرا الذي لم يقبض مقارنا لقبض صاحب اليد لان كلاهما ثابت في الحال ثم شرا القابض
متقدم على قبضه لا محالة لان قبضه مبني على شراه او حوان قبضه انما استفيد من شراه متقدما عليه
فلما تقدم شراوه على قبضه كان هو متقدما ايضا على ما هو مقارن لقبضه وهو شرا المدعي الذي لم يقبض
فكان تاريخ شرا القابض متقدما على شرا خصمه بهذا الطريق ذكر قبل هذا ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا
فهو للاول منهما **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشرا من اثنين واقاما البينة
واحدهما قابض فان هناك الخارج اولى **قلت** وجهه ان هناك كل واحد من المدعيين
محتاج الى اثبات الملك لبايعه اولا فاجتمع في حق البايعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت
بينة الخارج اولى فاما هاهنا فلا احتياج الى اثبات الملك للبايع بل هو ثابت متفقا عليه
انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض اقوى لتاكده بالقبض فكان
هو اولى لما ان تمكن القابض من القبض دليل سبق عقده على ما ذكرنا وهو دليل معاين والتاريخ
في حق الخارج مخبر به وليس الخبر كالمعاينة وكذا اذا ذكر الاخر وقتا اي لو ذكرت بينة الخارج وقتا
لشرا الخارج فهنا ايضا كان العقد لصاحب اليد لان تذكر الوقت من شهود الخارج لا يزيل احتمال
سبق العقد لذي اليد فلا ينقض قبضه الا ان يشهدوا ان شرا الخارج كان قبل شرا ذي اليد حينئذ يكون
بيع الخارج اولى لان تقدم عقده ثبت بنص من شهوده وتبين ان القابض اشترى من غير المالك هذا
كله من المبسوط وذكر في الذخيرة ان دعوى الخارج مع ذي اليد الملك بسبب من جهة غيرهما لا يعلو
من وجهين اما ان ادعيا تلقي الملك من جهة واحد والحكم فيه انهما اذا ارخا وتاريخهما على السوا او لم
يورخا وذو اليد اولى لانهما استويا في اثبات الشرا ولاحدهما يد والشرا تاكد باليد فكان صاحب اليد
اولى وان سبق احدهما تاريخا فالسابق اولى وان ارخ احدهما فكان ذو اليد اولى ايضا بخلاف ما اذا كانت الدار
في يد البايع ولاحد المدعيين تاريخ حيث كان المورخ اولى لانا انما جعلنا المورخ اولى ثمة تعليلا لنقض ما
هو ثابت وتعليل النقض هاهنا في جعل صاحب اليد اولى بيانه انا اذا قضينا لصاحب التاريخ هاهنا
احتجنا الى نقض قبض شرا ذي اليد مع يده وبيده ثابتة معاينة وقد قضينا لصاحب اليد احتجنا الى نقض
شرا ذي اليد الاخر وتاريخه الثابت بالبينة والثابت معاينة فوق الثابت بالبينة فكان نقض
الثابت معاينة اكثر من نقض الثابت بالبينة فاذا في الموضعين نقضي بتعليل نقض ما هو ثابت ذكره
كما بينا اشارت الى نزوله لانه تمكنه من قبضه يدل على سبق شراه معناه من واحد وانما احترز به عن ان
يكون من اثنين فانهما سواء فيه ولا اولوية بالشرا على الهبة حينئذ على ما يجي بعد هذا في قوله ولو ادعى احدهم
الشرا من رجل والاخر هبة والقبض من غيره الى ان قال يقضي بينهم ارباعا قال لان الشرا اقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض **فان قلت** هاتان
النكتتان ثابتان فيما اذا ادعيا الشرا والهبة من اثنين ومع ذلك لم يجعل الشرا اقوى من الهبة في ذلك
على ما ذكرت فما معنى ضعف الهبة من الشرا في الوجه الذي ذكره لا يختلف في ان يكون دعواهما بسبب الملك
من واحد او من اثنين **قلت** لعمري لذلك لا يختلف ولكن المدعيين يستويان فيما اذا كان الملك
من اثنين لمعنى اخر وهو انهما اذا ادعيا الشرا والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن يملكهما
فانه ثابت بتصادقهما وانما الحاجة في اثبات سبب الملك عليه وفي اثبات سبب الملك لنفسهما

[illegible]

فان قلت [illegible] **قلت** [illegible]

ما يطرق التغليب لان البائع واحد من المملكين الاربع فكان المراد منه من مملكيهم وفي بعض النسخ.
من ملكهم استدلالا بلفظ تتلقون وعنه اي وعن محمد رحمه الله انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه اي الى
الذي لا يقبل بينة ذي اليد في الصور كلها الا في النتاج وفي المبسوط وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمه
الله انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد ان كان اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى لتعذر
المراد انه من الرقة وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا عبرة الا للنتاج وما في معناه وهذا لان
التاريخ ليس بسبب لاولوية الملك بخلاف النتاج لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرض من جهة
الملك هذا احتراز عما لو قامت البينتان بالتاريخ في الشراء او احدهما اسبق تاريخا من الاخرى فالاسبق
اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين لانه ذكر في المبسوط ولو ادعيا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجل
او من واحد او ارخا واحدهما اسبق تاريخا كان صاحب اسبق التاريخين اولى وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة
كما من ادعى على صاحب اليد عينا وانكر صاحب اليد دعواه واقام البينة على انه اشتراه منه لم تندفع الخصومة
بذمته قبل هذا يقول تقبل بينة صاحب اليد في ان العين وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة
البينة ولما قبلت بينة ذي اليد في الدفع صارت هاهنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ قبل بينة الخارج ح
بمنزلة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فلا تقبل لكونها للدفع او نقول
لصاحب اليد اسبق التاريخين اثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره واولى الخارج كان او صاحب
يد وهذا لان يد ذي اليد دلت على الملك ولكن لا تدل على سبق التاريخ فيوجب قبول بينته على التاريخ كما يجب
قبول بينته على النتاج لانه انما وجب قبول بينته على النتاج لكون تاريخه اسبق وكذا هنا الى هذا اشار
في المبسوط والايضاح وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب
الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يعتبر الوقت وكانهما قامتا
على مطلق الملك فتكون بينهما كذا في الايضاح والمعنى ما بينا وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين ووقتت
احداهما دون الاخرى انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذا اليد اقاما بينة على ما ادعياه في الملك المطلق
من غير ذكر التاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك
المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ لا فيما ذكرت قبل هذا من المبسوط قوله والاصل ان بينة
الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد
قول الشافعي رحمه الله تتهاتر البينتان ويكون المدعا لذي اليد تركا على يديه وهذا قضاء ترك لا قضاء
ملك وفي القول الاخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك بالبينة وحاصل هذه الجملة
تقسيمها ما ذكره في شرح الطحاوي بقوله فالجملة في هذا ان يقول اذا تنازع اثنان في عين بعد الاعلو
اما ان تكون في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث سواهما وادعيا ملكا مطلقا او ميراثا او شراء من واحد
او من اثنين ولم يورخا او ارخا تاريخا واحدا او احدهما اسبق تاريخا من الاخر او ارخ احدهما ولم يورخ
الاخر اما اذا ادعيا ملكا منهما وان كان في يد ثالث سواهما ولم يورخا او ارخا تاريخا واحدا فهو
بينهما نصفان وان ارخا واحدهما اسبق تاريخا من الاخر يقضى في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف الاخر يقضى
لاسبقهما تاريخا وفي قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولم يذكر هذا الاختلا ف
في الاصل وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فلا عبرة للوقت في قول ابي حنيفة ويقضى بينهما نصفين وفي قول
ابي يوسف يقضى لصاحب التاريخ وفي قول محمد رحمه الله يقضى للذي لم يورخ هذا اذا كانت الشيء في يد ثالث
واما لو كانت في يد احدهما يقضى للخارج الا اذا ارخا وتاريخ صاحب اليد اسبق فيقضى له وان ارخ احدهما
ولم يورخ الاخر فلا عبرة للوقت في قول ابي حنيفة رحمه الله ويقضى بينهما نصفين وفي قول محمد رحمه الله
يقضى به للذي لم يورخ وفي قول ابي يوسف يقضى به للذي ارخ ولو ادعيا الميراث كل واحد منهما يقول هذا
ورثته من ابي فان كان العين في يد ثالث فان لم يورخا او ارخا تاريخا واحدا فهو بينهما نصفان
وان كان احدهما اسبق تاريخا يقضى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله بينهما نصفين
لان الميت لا يكون تاريخا للملك لانهما قاما مقام المورثين فكان المورثين حضرا وادعيا من غير تاريخ الا اذا
ارخا الملك المورثين فحينئذ يقضى لاسبقهما تاريخا بالاجماع ولو ارخ احدهما ولم يورخ الاخر يقضى بينهما بالاجماع
ولو كان في يد احدهما فهو للخارج الا اذا كان تاريخ صاحب اليد اسبق فهو اولى به عندهما وعند

[redacted]

محمد رحمه الله يقضي به للخارج لانه لا عبرة للوقت في الميراث عنده وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر
فهو للخارج بالاجماع ولو كان في ايديهما فهو بينهما الا اذا كان تاريخ احدهما اسبق فهو اولى ولو ادعى
الشرا والدار في يد ثالث فان ادعى كل واحد منهما الشرا من صاحب اليد ولم يورخا واقاما جميعا البينة
يقضي به بينهما نصفين لكل واحد منهما نصفها بنصف الثمن الى ان قال ولو ادعيا تلقي الملك من اثنين فما عرفت
من الجواب في الميراث فهو جوابك في هذا سوا ادعيا بسبب واحد او بسببين مختلفين ويقع الفرق بين
هذا وبين ما ادعيا تلقي الملك من واحد من فصلين احدهما ان هاهنا اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر
يقضي بينهما اذا كان الشي في يد ثالث واذا ادعيا تلقي الملك من واحد يقضي لصاحب التاريخ والثاني ان
الدار اذا كانت في يد احدهما هاهنا يقضي بها للخارج الا اذا كان تاريخ صاحب اليد اسبق فاذا ادعيا
تلقي الملك من واحد يقضي لصاحب اليد الا اذا كانا ارخا وتاريخ الخارج اسبق هذا كله اذا اقاما جميعا
البينة وان لم يكن لهما بينة يحلف صاحب اليد فان حلف لهما ترك في يده قضا ترك لا قضا استحقاق حتى
انهما لو اقاما بعد ذلك يقضي لهما اذ لو لم يكن لهما جميعا يقضي بينهما نصفين على ما ذكرنا فبعد ذلك اذا اقام
صاحب اليد البينة انه ملكه لا يقبل وكذلك اذا ادعى احد المدعيين على صاحبه واقام على ذلك
البينة لا يقبل لان صاحب اليد صار مستحقا عليه الجميع بالبينة وكل واحد من المتنازعين صار مستحقا
عليه النصف بالبينة والاصل ان المستحق عليه بالبينة لا يستحق على المستحق الا اذا ادعى الاستحقاق
من جهته او يدعي النتاج **قوله** رحمه الله وصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت احداهما يعني اذا
ادعيا الشرا من بايعين ووقت احدهما دون الاخر قضي به بينهما نصفين وقد مر وانما على قول ابي حنيفة
رحمه الله يقضي للخارج لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الانفراد فيسقط اعتبار التاريخ
ويبقى دعوى الملك المطلق فيقضي به للخارج وهو الصحيح من مذهبه وذلك لان الذي لم يورخ سابق
على الذي ارخ من وجه لاحق من وجه سابق من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما
فبهذا الاعتبار غير المورخ يكون سابقا على المورخ ولاحق من حيث ان دعوى مطلق الملك دعوى اولية
الملك حكما فبهذا الاعتبار غير المورخ يكون سابقا على المورخ ولاحق من حيث ان دعوى مطلق الملك يحتمل
التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المورخ فبهذا الاعتبار يكون لاحقا واذا كان غير المورخ سابقا
من وجه ولاحقا من وجه كان المورخ ايضا سابق من وجه ولاحقا من وجه فقد استويا في السبق
واللحوق فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى
التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار بخلاف ما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق حيث يقضي لاسبقهما
تاريخا عنده لان اسبقهما تاريخا سابق من كل وجه والاخر لاحق من كل وجه فعلى قول ابي يوسف الاخر
وهو قول محمد رحمه الله اولا للتاريخ عنده وغير المورخ اسبقهما تاريخا معنى لانه ادعى اولية الملك
فيقضي لغير المورخ كذا في الذخيرة ولنا ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع على ما ذكرنا
قبل هذا فيما اذا اقام الخارج وذو اليد بينة على ما ادعيا وارخا وتاريخ بينة ذي اليد اقدم من تاريخ
الخارج كانت بينة ذي اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك
في التلقي من جهته اي من جهة ذي اليد يعني ان الاحتمال والتردد وقع في معنى الدفع هاهنا فلا تترجح بينة
ذي اليد لانه لما ارخت بينة ذي اليد ولم تورخ بينة الخارج لم يستيقن بانه يجب ان يكون الملك
للخارج متلقى من جهة ذي اليد لجواز ان الخارج لو وقتت شهوده كان اقدم فاذا وقع التردد والاحتمال
في تضمنه معنى الدفع لم يقبل بينة ذي اليد مع الشك وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما فاقام احدهما
بينة على ملك مورخ واقام الاخر على مطلق الملك سقط التاريخ عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله الذي وقت اولى والوجه ما بينا كذا في الايضاح ولو كانت في يد ثالث والمسالة بحالها
اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سوا اي فالخارجان سوا وصارا كانهما
اقاما البينة على ما ادعياه ولم يوقت واحد منهما لانه دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد
وهي الاولاد والاكساب فكان مدعي مطلق الملك مدعيا للملك من الاصل فكان ملك الاصل اولى من
التاريخ كما لو ادعيا الشرا اي ادعيا الشرا من بايع واحد مع ارخ احدهما دون الاخر كان صاحب التاريخ
اولى وابو حنيفة رحمه الله يقول بان الاحتمال لما وقع في التاريخ انه هل هو متقدم اولا سقط اعتباره

قوله

قوله بمقامه يزاحمه خلاف الزاهذا جواب عن قول ابي يوسف رحمه الله يعني انهما لما ادعيا
النتاج اتفقا على الحدوث ولابد للحدوث من التاريخ فكان صاحب التاريخ اولى كذا في الايضاح فصاحب
اليد اولى سوا اقام صاحب اليد البينة على دعواه قبل القضا بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان
واما جواب القياس فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى رحمه الله ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا
من بينة ذي اليد لان للخارج بينته كما تثبت استحقاق اولوية الملك بالنتاج تثبت استحقاق الملك الثابت
لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا تثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده للخارج بوجه
فكانت بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق وجه الاستحسان ما رواه ابو حنيفة
عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله ان رجلا ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقته نتجها
واقام ذو اليد انها ناقته نتجها فقضى رسول الله عليه الصلوة والسلام بها للذي هي في يده ولان ذي
اليد لا يدل على اولية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده فوجب قبول بينته ثم يترجح بيده
بخلاف الملك المطلق فان هناك لا يثبت ببينته الا ما هو ثابت بظاهر يده ومعنى هذا الكلام ان حاجة
ذي اليد الى دفع بينة الخارج وفي اقامة البينة على النتاج ما يدفع بينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا
ثبت انه نتجها اندفع بينة الخارج فيندفع استحقاق الخارج ضرورة فاما في الملك المطلق فليس في بينته
ما يدفع بينة الخارج لان ملكه في الحال لا ينفي ملكا كان للخارج فيه من قبل فلهذا عملنا ببينة الخارج
هناك ثم انما قلنا ان ذا اليد لو اقام بينة على دعوى النتاج بعد ما قضي للخارج تقبل بينته لان الخارج
ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئا فلم يصر ذو اليد مقضيا عليه فتسمع بينته كما تسمع بينته الاخرى في
دعوى الملك المطلق بمجرد الخارج باقامة البينة وقضي له ثم اقام صاحب اليد بينة انه له لا تسمع بينته
لان الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا عليه فلا
تسمع بينته بعد ذلك بخلاف النتاج فان ذا اليد لما ادعى النتاج واقام على ذلك بينة وترجحت بينته
باليد تسمع بينته سوا كان قبل القضا به للخارج او بعده فيندفع ببينته بينة الخارج سوا ادعى الخارج
النتاج او الملك المطلق واما قوله ان بينة الخارج اكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة
ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولوية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولى الا يرى
انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضي لذي اليد وان كان في بينة الخارج
زيادة استحقاق على ذي اليد الى هذا اشار في المبسوط والذخيرة **فان قلت** يشكل على هذا ما
اذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج انه ملكه غصبه منه ذو اليد كانت بينة الخارج اولى وكذا اذا
ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج انه ملكه اجره او اودعه منه او اعاره منه كانت بينة الخارج اولى
قلت قال شيخ الاسلام رحمه الله الحاصل ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج على النتاج
اذا ادعى الخارج الملك المطلق اذا لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن
او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى واشار محمد رحمه الله الى المعنى
فقال لان بينة الخارج في هذه الصورة اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب والاستحقاق
وما اشبه ذلك وانه لم يكن ثابتا اصلا وذو اليد ادعى اولوية الملك واليد ان كانت لا تدل على اولوية
الملك بل تدل على اصل الملك فكان ما ادعاه ذو اليد ثابتا من وجه من ظاهر يده وما ادعاه الخارج
من الغصب والاعارة وغير ذلك غير ثابت اصلا وكانت بينته اكثر اثباتا فكان اولى بالقبول كذا في الذخيرة
كذا في الذخيرة وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يديه
بوجه قوله ان القاضي تيقن بكذب احدهما اذ لا تصور لنتاج دابة من دابتين وفي مثل هذا يتهاتر
البينتان كما في مسالة كوفة ومكة على ما ذكرنا في اول هذا الباب لكنا نقول انه يترك في يد صاحب اليد
على وجه القضاء فوجه الصحة ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج
انه يقضي به بينهما نصفان ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك قال ولو كانت
الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواقطها في يد الاخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضي
بها وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد
منهما ما في يده ولا معنى لقوله ان القاضي تيقن بكذب احدهما لان الشهادة على النتاج لا تثبت بمعاينة

الانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهرا
لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان
مع ان العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله
ولكن لما وجد القاضي لشهادة الفريقين محملا يطلق له اداء الشهادة بان عاين احد الفريقين
احد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين
كما ها هنا وعن هذا خرج الجواب عن مسالة الكوفة ومكة لان القاضي يتيقن ان احدهما كاذب لان الشخص
الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذلك المكانين على ما عليه العادة فلم يجد لشهادتهما محملا يطلق
له اداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق
ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بكوفة ومكة لما ذكرنا
فتهاترت البينتان لذلك اما ها هنا فبخلافه ثم ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعلى
وعند عيسى بن ابان رحمه الله يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم
تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج وعندنا لا يحلف كذا في المبسوط
والذخيرة فقال يتلقاه اي استقبله بالقبول والاخذ ولو تلقى كل واحد منهما اي ولو تلقى كل واحد
منهما من الخارج وذي اليد الملك من رجل بانفراده فكان البايع رجلين واقاما البينة على النتاج
عند البايع راجع الى الرجل وذكر في الذخيرة هذه المسالة في العتاق فقال عبد في يدي رجل
ادعاه رجل انه عبده اشتراه من فلان وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه واقام على ذلك
بينة واقام صاحب اليد بينة انه عبده اشتراه من فلان رجلا آخر وانه قد ولد في ملك
فلان الذي باعه فقضى به لذي اليد لان كل واحد منهما بينته تثبت اولية الملك بالولادة ثم تثبت
الانتقال الى نفسه فكان المالكين حضرا وادعيا ذلك واحدهما صاحب يد فهناك يقضى لصاحب
اليد كذا ها هنا وذكر فيها ايضا فيما هذا من جنسه فقال شاة في يدي رجل اقام البينة على انها
شاته ولدت في ملكه واقام صاحب اليد بينة انها شاته تملكها من جهة فلان وانها ولدت في
ملك فلان ذلك الذي ملكها منه قضى بها لصاحب اليد لان صاحب اليد خصم عمن تلقى الملك من جهته
وبينة المتلقى منه فصار كان المتلقي منه حضر واقام البينة على النتاج والشاة في يده وهناك
يقضى بالشاة له كذا ها هنا وفي عكسه ايضا يقضى لصاحب اليد وذكر في المبسوط بعد ما ذكر هذه المسائل
وكذلك لو اقام البينة على قرابة او وصية او هبة مقبوضة من رجل وانه ولد في ملك ذلك الرجل
لانه يتلقى الملك من جهة مورثه او موصيه فيكون خصما عنه في اثبات نتاجه وكذا اذا كان الدعوى
بين خارجين فبينة النتاج اولى يعني انه ادعى رجل عبدا في يدي رجل بانه ملكه مطلقا وادعى آخر
انه ملكه ولد في ملكه واقاما على ذلك بينة فبينة النتاج اولى من بينة الملك مطلقا لما ذكرنا
وهو قوله لان بينته اي بينة صاحب النتاج قامت على اولية الملك الا ان يعيدها ذو اليد اي حينئذ
يقضى له والا فلا وذلك لان القضاء بالبينة الاولى كان على خصمه خاصة فيجعل اقامتها في حق الثاني
وجوده وعدمه بمنزلة لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر
الا ترى ان في الملك المطلق يصير ذو اليد مقضيا عليه دون غيره من الناس فان اعاد بينته يقضى بها
له بعدما قضى ببينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج فان لم يعد وقضى بها للمدعي كذا في المبسوط لان
الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان التملك بالنتاج لا يكون استحقاقا على احد لانه يتبين
انه من الابتداء كان ملكا له وهو لا يتكرر فلم يصر الثالث مقضيا عليه في تلك الحادثة فتسمع بينته
والحاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثة بالبينة لا يصير مقضيا له في تلك الحادثة كما ذكرنا
قوله وفي دعوى الملك المطلق لم يعتد للخارج باقامة البينة وقضى له ثم اقام صاحب اليد البينة
على النتاج تقبل بينته ويقضى له بالدابة لانه ظهر ان الخارج ببينته لم يستحق على ذي اليد شيئا وذلك لان
يدل على اولوية الملك صريحا وبعد ما ثبت الملك لذي اليد بسبب النتاج لا يتصور ان يصير الخارج
مستحقا بسبب النتاج لان النتاج مما لا يتكرر ولا يمكن ان يحمل ما استحقه الخارج من الملك الثابت
لذي اليد بظاهر اليد استحقاقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل ان يكون له من الاصل

يحتمل

يحتمل ان يكون له من جهة صاحب اليد فامكننا ان نحمل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي
اليد بظاهر اليد استحقاقا على ذي اليد فجعلناه كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد
ولما لم يصر ذو اليد مقضيا عليه في حق النتاج تسمع بينته بالنتاج كما تسمع بينة اجنبي آخر ثم اعلم
ان الرجل اذا صار مقضيا عليه في الملك المطلق كما لا تسمع بينته بعد ذلك فكذلك اذا صار مقضيا
عليه في النتاج بعد ذلك لا تسمع بينته وان ادعى بينة في النتاج وايضا كما يشترط على ذي اليد الاول
اعادة البينة فكذلك يشترط ذلك على ذي اليد الثاني في صورة دعوى المدعي بالنتاج فصورة ذلك ما ذكره
في الذخيرة فقال عبد في يدي بخاري مثلا اقام عليه سمرقندي البينة انه عبده ولد في ملكه واقام
البخاري البينة على مثل ذلك وقضى القاضي للبخاري وابطل بينة السمرقندي ثم حضر خجندي واقام
بينة على البخاري انه عبده ولد في ملكه فانه يستحقه ببينته الا ان يعيد البخاري البينة على الخجندي
انه عبده ولد في ملكه ولا يكتفي بالبينة الاولى فان لم يقدر البخاري على اعادة البينة وقضى القاضي
بالعبد للخجندي ثم احضر البخاري البينة ان العبد عبده ولد في ملكه قضى القاضي به للبخاري واذا لم
يعد البخاري البينة ولكن حضر اوسي واقام البينة انه عبده ولد في ملكه فان القاضي يقول للخجندي
اعد بينتك على انه ملكك وعبدك ولد في ملكك بمحضر من الاوسي فان احضرها كان هو احق بالعبد
من الاوسي وان حضر السمرقندي وهو المدعي الاول واقام البينة انه عبده ولد في ملكه لم يقبل بينته لانه
قد قضي عليه مرة فلا تقبل بينته على احد بعد ذلك وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة
على النتاج تقبل صورته ما اذا اقام البينة الخارج على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق اذا اقام
البينة يقضي القاضي بها له ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول
وهو استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك ولا تقبل بينته الا ان يدعي
تلقي الملك من جهة المقضي له وجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتاج يثبت اولية الملك لنفسه
وان هذا العين حادثة على ملكه فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره ولم يصر ذو اليد مقضيا
عليه وتبين باقامة البينة ان القاضي اخطأ في قضائه وان اولية الملك لذي اليد فلهذا نقض
قضاءه بخلاف الملك المطلق **فان قلت** القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد
فيه فعند ابن ابي ليلى رحمه الله بينة الخارج اولى فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد
قلت انما يكون قضاؤه عن اجتهاد ان كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فرجح باجتهاده
بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده عند قضائه فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد
بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام حجة الدفع انتقض القضاء الاول كذا في المبسوط
وكذا النسج اي النسج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج وهو في النسج كذلك هذا اذا ادعى
ثوب الملك لنفسه بسبب النسج فان النسج سبب من اسباب الملك كالغزل حتى ان من غصب
غزل غيره ونسجه ملكه كما اذا غصب قطنا فغزله وكذلك شهوده ايضا اذا شهدوا انه له واما
اذا شهدوا انه نسجه ولم يشهدوا انه له لم يقض له به لانه لم يشهدوا له بالملك فقد ينسج
الانسان ثوب الغير باذنه ولا يملكه كالنتاج ينتج دواب الناس وكذلك لو اقام البينة في دابة
انها نتجت عنده وفي امة انها ولدت عنده فليس هذا اللفظ شهادة بالملك للمدعي فلا يستحق به شيئا
كذا في المبسوط ثم صورة المسالة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه وانه نسجه في ملكه واقام
على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كما في الغزل فانه في
الغزل كذلك ذكره في الذخيرة وقال واذا ادعت المرأة غزل قطن في يدي امرأة اخرى انه ملكها
غزلته واقامت على ذلك بينة واقامت صاحبة اليد بينة على مثل ذلك قضي بالغزل لصاحبة
اليد لانه بمعنى دعوى النتاج فانه ان كل واحدة منهما ادعت سبب الملك لنفسها في العين المدعى به
وهو الغزل لان الغزل سبب الملك فان من غصب من آخر قطنا وغزله ملكه وغزل القطن لا يتكرر
فكان بمنزلة دعوى النتاج فيقضى به لصاحب اليد كما في النتاج في الثياب التي لا تنسج الا مرة هذا احتراز
عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى كالخز وقال في المبسوط النسج في الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو
مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا ان يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد مرة كالخز ينسج مرة ثم ينكث فيغزل ثم ينسج

ثانيا فحينئذ يقضى للخارج والحاصل ان النتاج مخصوص من القياس بالسنة فلا يلحق به الا ما كان في
معناه من كل وجه واما ما ليس في معناه الا من بعض الوجوه فلا يلحق به الا ما كان في معناه من كل وجه
لان قياس الاصل يعارضه وكل قياس لا ينفك عن ما يعارضه فهو باطل واذا ثبت هذا فنقول ما لا يتكرر
فهو في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به ويكون اثبات الحكم فيه بدلالة النص وما يتكرر ليس في
معنى النتاج من كل وجه فيعاد فيه الى الاصل القياس قوله رحمه الله كحلب اللبن واتخاذ
الى اخره ذكر في المبسوط وهذه المسالة على خمسة اوجه احدها ان الدعوى اذا كانت في جبن فاقام
الخارج وذو اليد البينة على انه جبنه صنعه في ملكه فهو للذي في يديه لان الجبن لا يصنع الا مرة
فهو سبب لا يتكرر بمنزلة النتاج والثاني اذا اقام كل واحد منهما البينة ان اللبن الذي صنع
منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للمدعي لان اصل المنازعة في اللبن وبينة كل واحد منهما قامت
على الملك المطلق والثالث ان يقيم كل واحد منهما البينة انه حلب اللبن الذي صنع منه هذا
الجبن من شاته في ملكه فيقضى به للمدعي لان المنازعة في ملك الشاة وبينة كل واحد منهما قامت
على الملك المطلق والخامس ان يقيم كل واحد منهما البينة ان الشاة التي حلب منها هذا اللبن الذي صنع
منه هذا الجبن شاته ولدت في ملكه من شاته فالبينة بينة ذي اليد لان النتاجين قاما على
في الشاة التي كانت المنازعة فيها المرعزى اذا اشددت الراء قصرت واذا خففت مددت والميم
والعين مكسورتان وقد يقال مرعزا بفتح الميم مخففا وهي كالصوف تحت شعر العنز والمسح مرعزا
فيه رايته لان صاحب المغرب ذكرها في باب الزاي من المعرب وفيه ايضا الخز اسم دابة ثم
سمي الثوب المتخذ من وبره خزا فقيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ثم ينسج قوله رحمه الله وان
كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد اخرى
نحو ان يصير لذي اليد بالنسج ثم ينقضه الخارج مرة وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا
له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف
الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يصير للخارج
بنسجه فكان في معنى دعوى النتاج والبنا والغرس وزراعة الحنطة اما في البنا بان كان التنازع
بينهما في دار وهي في يد احدهما اقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لان
البنا يكون مرة بعد مرة فلم يكن في معنى النتاج وكذلك اذا تنازع الخارج وذو اليد في الغرس
يقضى به للخارج لان الشجر يغرس غير مرة فيغرس الشاله انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها
فلم يكن في معنى النتاج وكذلك اذا كانت الدعوى في الحنطة بان اقام كل واحد منهما البينة انها
حنطته زرعها في ارضه قضيت بها للمدعي لان الزرع قد يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض
ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم تزرع ثانية فلم يكن هذا في معنى النتاج وان اشكل
الى اهل الخبرة اي اذا كان الثوب او نحوه لا يستبين انه ينسج مرة او مرتين سال القاضي اهل العلم
عن ذلك ويريد به العدول منهم ويبني الحكم على قولهم والواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال الله تعالى
فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون هذا كله من المبسوط والايضاح فان اشكل عليهم اي على اهل الخبرة
فاذا لم تعلم يرجع الى الاصل وهو القضا للخارج فان اقام الخارج البينة الى ان قال كان صاحب للخارج
اليد اولى ذكر في الفصول فالحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا فبينة
الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد البينة على النتاج او ارخا وتاريخ صاحب اليد سابق وفي
هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب ترجح بينة صاحب اليد ايضا وهي ما اذا اقام الخارج البينة
على الملك واقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعي لان المدعي ان كان اثبت اولوية
الملك فهذا يلقي منه وحصل من هذا ان بينة ذي اليد ترجح على بينة الخارج في هذه الصور الثلاث
التي ذكرناها واذا اقام كل واحد منهما اي من الخارج وصاحب اليد البينة على الشراء من الاخر اي قال
الخارج اشتريت من ذي اليد هذا وقال ذو اليد اشتريت من الخارج هذا وذكر صورة هذه المسالة
في باب الشهادة في البيع والشرا من شهادات المبسوط فقال دار في يد رجل فاقام رجل البينة
انه اشتراها من ذي اليد واقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي ولا يدري اي ذلك اول فانه

يقضى بها لذي اليد وتبطل البينتان جميعا لان كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له
لكل مشتر مقر بالملك لبائعه وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فيجعل بمنزلة اقامة كل واحد منهما
البينة على اقرار صاحبه بالملك له وههنا تهاترت البينتان كما لو سمعنا الاقرارين منهما معا وذكر
في الجامع ان هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله واما عند محمد رحمه الله فيقضى بالبينتين جميعا
لان ذا اليد اشتراها اولا وقبض ثم باعها ولم يسلمها الى الخارج لان القضا بالعقدين ممكن بهذا
الطريق ثم وضع هذه المسالة في الكتاب والمبسوط بين الخارج وذي اليد كما ترى وذكر في الجامع
سواء كان المبيع في يد احدهما او في يد ثالث والثالث لمحمد وسواء شهد الشهود بالشرا والقبض او شهدوا
بالشرا ولم يشهدوا بالقبض وسواء كان الثمنان على السواء او كان احدهما انقص من الاخر الا ان المبيع
اذا كان في يد احد المتداعيين فانه يترك في يده قضاء ترك على الروايات كلها واذا كان في يد ثالث
ذكر في بيوع الجامع في الباب الخامس عشر انه يقضى بالعين للمدعيين نصفين ان كان لا يقضى
بالعقدين وذكر في الباب الطويل انه يترك في يد الثالث قضاء ترك ولا يعارض الاخر اي ولا يجعل كان
الخارج اشترى ذلك العين من ذي اليد اولا ثم باعه من ذي اليد لان في ذلك يلزم البيع قبل القبض في
المنقول وعن محمد الذي اثبته بالبينة فلذلك لئلا يسبق عقده هذا اذا لم يشهد الشهود بالقبض
واما اذا شهد الشهود بالقبض يجعل عقد الخارج سابقا على ما ذكر بعد هذا في الكتاب بقوله ولو شهد
الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضا لذي
اليد الا بملك مستحق لغيره لو قضينا ببينة صاحب اليد كان هذا قضا بالعقد لا يزول ملكه الى غيره
والسبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه واذا لم يبق الحكم له في المال لم يكن السبب معتبرا كذا في الايضاح ح
في القصاص مذهب محمد الوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن
على مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب وان شهد الفريقان اي فريقا شهود الخارج وذي اليد
تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما
بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرارين تهاترت الشهود فكذلك ههنا وعند محمد رحمه الله باعتبار ان
بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البينتين ذكر التاريخ ولا دلالة التاريخ حتى
يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر القبض حيث يجعل شرا صاحب اليد سابقا
وبيعه لاحقا لدلالة التاريخ وهو القبض اذ لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض على ما ذكرنا
واما ههنا لما اثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزا وليس احدهما باولى من الاخر
في القول فتساقطا للتعارض وكانهما لم يشهدا وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن اي لما لم يعلم
دلالة على سبق بيع احدهما على الاخر جاز بيع كل واحد منهما لوجود البيع بعد القبض لم يمكن العمل بشهادة
الفريقين شهادة كل واحد منهما بالاخر سقطت شهادتهما فكانت شهادتهما بمنزلة تعارض النصين بحيث
لا يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان الحمل بما بعدهما من الحجة لما عرف
وههنا ايضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقي العين في يد صاحب اليد كما كان فكان المراد من الجمع
المذكور في قوله لان الجمع غير ممكن العمل به على وجه يندفع التعارض كما هو المعروف في حق النصين المتعا رضين
الاصل فهو الجمع ثم الترجيح ثم التهاتر وحاصل قول محمد رحمه الله ما ذكر في المبسوط هو ان الشهود
اذا لم يشهدوا بالقبض يجعل شرا ذي اليد سابقا وبيعه متاخرا لان قبضه من قبض عيانا والقبض
بعيد دليل على سبق عقده وقيام قبض الاخر دليل تاخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا
كان قبضه غصبا حراما ولو جعلنا عقده متاخرا كان محقا فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه
الصفة واما عندهما فتهاترت الشهادتين في الصورتين جميعا وذكر في الجامع واما اذا شهدوا بالعقد
والقبض فانما يجعل القبض لما بين اخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا ثبت عقيب عقد يحال به
على ذلك العقد لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما يحال به على ما ظهر من السبب لا على
غيره ولان اي التراخي قد قلناه في هذه الصورة يصح العقدان فيقدم شرا الخارج حتى لا يحتاج الى
نقض القبض المعاين بالشك وان وقتت البينتان في العقار وقت العقار لم يظهر فيه الخلاف
كما ذكر وحاصله ما ذكر في المبسوط بقوله فان وقتت الشهود وقتين فهو على وجهين اما ان يكون وقت

بقي العين على يد صاحب اليد كما كان لان شهادة الفريقين لما تساقطت للتعارض صح

الخارج سابقاً او وقت ذي اليد وكل وجه على وجهين اما ان يشهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا به
فان كان وقت الخارج سابقاً فان لم يشهد الشهود بالقبض يقضى بها لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله لان شراه ثبت سابقاً ثم اشتراه منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار عندهما قبل القبض
جائز وعند محمد رحمه الله يقضى بها للخارج لانه لا يجوز بيع العقار قبل القبض وان شهد الشهود
بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم جميعاً لان للخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وهو صحيح
وان كان وقت ذي اليد سابقاً يقضى بها للخارج سواء كان شهد الشهود بالقبض او لم يشهدوا
اما اذا شهدوا بالقبض فلا اشكال فيه وكذلك ان لم يشهدوا به لان ذا اليد قابض وقد ثبت
شراؤه سابقاً فيحمل قبضه صادراً عن عقده للخارج اما اشتراها منه بعد قبضه فيؤمر بتسليمها
اليه **قوله** رحمه الله وان اثبتا قبضاً يعني يقضي لصاحب اليد اي بالاجماع لانه يحمل الخارج
باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك جائز بالاتفاق يقضى للخارج في الوجهين اي سواء شهد الشهود
بالقبض او لم يشهدوا به فيهما سواء عند الاوزاعي اذا كانت الدعوى في عين كل واحد من المدعين
يدعي كله يقضى لاكثرهما عدداً اي الشهود ذكره في باب الدعوى في الميراث من دعوى المبسوط والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها فيها الا ترى ان الخبر لا يترجح بخبر اخر يروى ولا آية بآية اخرى لان
كل واحد منهما علة بنفسه اما اذا كانت احدى الآيتين تحتمل التاويل والاخرى لا تحتمل فكان عدم الاحتمال
اولى لانه لما لم يحتمل التاويل كان مفسراً وكونه مفسراً وصف فيه والمفسر راجح على النص والظاهر
وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحداهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة بالعدالة
لانها صفة الشهادة ولا يترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة
بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الاخر الا ان يكون بعضها صفة للبعض والى هذا
اشار في التقويم فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين اي يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب
وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي يأخذ منه شيئاً بحكم ما له من الثلث ولهذه المسألة نظائر
واضداد فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع
الموصى له بنصف تلك العين اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك
اذا ادانه احد المولين مائة درهم والاجنبي مائة ثم بيع بمائتي درهم والقسمة بين المولى المدين
والاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله بطريق العول اثلاثاً وعندهما بطريق المنازعة ارباعاً وكذلك
المدبر اذا قتل رجلاً خطأ وفقأ عين اخر خطأ وغرم المولى قيمته لهما وكذلك العبد اذا قتل
رجلاً عمداً واخر خطأ وللمقتول عمداً ابنان فعفا احدهما ثم دفع العبد بالجنايتين ومما اتفقوا
على ان القسمة فيهما بطريق العول التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء
حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى له بالسدس اذا لم تجز الورثة ومما اتفقوا فيه على ان
القسمة بطريق المنازعة فضولي باع عبد رجل بغير امره وباع فضولي اخر نصفه واجاز المولى
البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعاً فاصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة
ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين في الاصل فالقسمة على طريق المنازعة كما في بيع الفضولي
فان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن يتحول بالشراء الى المبيع وفي مسألة الدعوى حق كل واحد
من المدعيين في العين فكانت القسمة على طريق العول بمعنى ان حق كل واحد منهما شائع في العين
فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق
العول كالورثة في التركة واذا كان بدل لا بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة ولا مزاحمة
فيه لصاحب القليل فيسلم لصاحب الكثير كما في بيع الفضوليين فان بيع كل واحد منهما غير صحيح قبل
اجازة المالك وهذا لان المضاربة انما يصار اليها عند المزاحمة وذلك عند قوة السبب
واستواء السببين في صفة الصحة وفي مسألة الدعوى سبب استحقاق كل واحد منهما الشهادة
وهي لا توجب شيئاً قبل اتصال القضاء بها فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة فلهذا
كانت القسمة على طريق المنازعة وما قاله يبطل بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بسبب

بسبب

بسبب حق كان في الذمة ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط ثم انما وضع المسألة في
دعوى الخارجين لانه لو كانت الدار في ايديهما وهي المسألة الثانية ودعواهما هكذا واقاما البينة
فالدار كلها لمدعي الجميع ووجهه ذلك هو ان دعوى كل واحد منهما منصرفة الى ما في يده او لا يكون بيده
بغير حق وهذا لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فصاحب النصف لا يدعي شيئاً مما في يد صاحب
الجميع وصاحب الجميع يدعي شيئاً مما في يد صاحب النصف فعليه اثباته بالبينة فان اقاما البينة
فالدار كلها لصاحب الجميع لانه اجتمع بينة ذي اليد وبينة الخارج فيما في يد صاحب النصف فبينة
الخارج اولى بالقبول وان اشكل ذلك كانت بينهما هذا الذي ذكره من الجواب في الخارجين اما
اذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج واقاما البينة ووقت البينتان في الدابة
وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة المدعي قضيت بها له لان علامة الصدق ظهرت في شهادة
شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد واما اذا كانت البينة على وقت بينة ذي
اليد او كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار
الوقت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين
ذكرهما بينتا الخارج وذي اليد وذكر في الاوضح في ذلك عامة المشايخ على انها تترك البينتان
ويترك الدابة في يد صاحب اليد وان خالف سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين بطلت
البينتان كذا ذكره الحاكم هكذا ذكر الجواب في الايضاح وذكر في المبسوط من مشايخنا رحمهم الله من
اجاب بهذا بانه اذا كان سنها غير الوقتين يعلم ذلك تبطل البينتان ثم قال والاصح ما قاله
محمد رحمه الله من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة
مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا اشكال فيه
وكذلك ان كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا اشكال فيه وكذلك
ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما
فيسقط اعتبار ذكر الوقت اصلاً وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة فقد استويا
في ذلك فيوجب القضاء به بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان وهي في يد ذي
اليد وقد اتفق الفريقان على صحة استحقاقهما على ذي اليد فكيف يترك في يده مع قيام حجة
الاستحقاق عليه فهو بينهما لاستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب والله سبحانه اعلم
فصل في التنازع بالايدي لما ذكر اثبات الملك لنفسه بالبينة وهو اقوى ذكر
في هذا الفصل اثبات الملك بسبب التصرف باليد لان هذا اضعف لما انهما اذا تعارضا كان الاعتبار
للبينة لا لليد فان الخارج وذا اليد اذا ادعيا الملك لنفسهما في العين فاقاما البينة على ما ادعياه
كان الاعتبار لبينة الخارج لا لذي اليد كما مر والراكب اولى لان تصرفه اظهر واما اذا كان احدهما
متمسكاً بلجام الدابة والاخر متعلق بذنبها قال مشايخنا ينبغي ان يقضى للذي هو متمسك باللجام
لانه لا يتعلق باللجام الا المالك فاما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غير المالك كذا
في الذخيرة قال واللابس اولى لانه اظهرهما تصرفاً ولهذا يصير به غاصباً كذا في الايضاح ولو تنازعا
في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما وكذلك لو كانا جالسين عليه وادعياه
فهو بينهما لان القعود ليس بيد عليه لان اليد على البساط لا تثبت الا باحد الطريقين اما باثبات
اليد عليه حساً بالنقل والتحويل واما بكونه في بيته حكماً بان كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك
في البساط فانا نراه موضوعاً على قارعة الطريق ولما علم انه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما يدعيانه
يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى **فان قيل** فلم لم يثبت اليد على البساط بالتعلق
والقعود حتى ان لا يقضي القاضي بينهما نصفين كما في الدار فان الرجلين لو كانا قاعدين في الدار
وكل واحد منهما يدعيها لنفسه فانه لا يقضى بينهما وعلل فيه بقوله لان بالقعود في الدار لا
يثبت اليد عليها كما في البساط ثم قضى القاضي بينهما في البساط ولا يقضى في الدار مع ان كل واحد
منهما لا يثبت اليد بذلك التصرف فما الفرق بينهما **قلت** اما وجه القضاء في البساط
بعد دعواهما له فكذا الطريق فقد بيناه وهو ان البساط ان لم يكن في ايديهما فقعودهما عليه

متصلا ببنائهما ولم يكن لهما عليه شيء من الجذوع وغيره فانه يقضى بالحائط بينهما لانهما استويا
في الدعوى وليس ثمة من ينازعهما فيه وليس احدهما باولى من الاخر فيقضى بينهما ومعنى القضا
بينهما انه اذا اعرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى
كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يحلف كل واحد منهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما ولذلك ان
كان لاحدهما هرادي او بواري ولا شيء للاخر عليه يقضى بينهما لان وضع الهرادي لا يثبت لصاحبه
على الحائط يد استعمال لان الحائط انما يبنى للتسقف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع البواري والهرادي
وانما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال وهو نظير ما لو كان لاحدهما على الحائط ثوب منشور ولا
شيء للاخر وهناك يقضى بالحائط بينهما وان كان لاحدهما جذوع عليه ولا شيء للاخر فانه يقضى به
لصاحب الجذوع لان لصاحب الجذوع يدا مستعملة وللاخر مجرد يد بلا استعمال فيكون صاحب اليد المستعملة
اولى كدابة تنازع فيها اثنان احدهما راكب والاخر اخذ باللجام فالراكب اولى لان له يدا مستعملة وانما
اعتبر الاستعمال مرجحا اذا استويا في اليد لان الاستعمال زيادة دليل على الصدق ليس من جنس
اليد فيصلح للترجيح لذي اليد في دعوى النتاج والشراء من ثالث فان بينة ذي اليد يترجح باليد لان
اليد دليل زائد على الصدق ليس من جنس البينة فيصلح للترجيح لذي اليد في دعوى النتاج والشرا
من ثالث فان بينة ذي اليد يترجح باليد لان اليد دليل زائد على الصدق لانه من خلاف جنس البينة
فيصلح لترجيح احدى البينتين وكذا الاستعمال دليل زائد على الصدق واما اذا كان لاحدهما جذع
واحد ولا شيء للاخر او للاخر عليه هرادي هل يقضى لصاحب الجذع الواحد لم يذكره محمد رحمه الله في
ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا رحمهم الله انه لا يقضى لصاحب الجذع الواحد لان الحائط لا يبنى
لوضع جذع واحد وانما ينصب لاجله اسطوانة ذكره في المبسوط فصار كما اذا كان له هرادي
وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه يقضى لصاحب الجذع مع اليد نوع استعمال لانا لما قضينا
لصاحب الجذوع كان وضع جذع واحد استعمالا للحائط بقدره وليس للاخر ذلك هذا اذا لم يكن الحائط
المتنازع فيه متصلا ببنائهما اما اذا كان الحائط متصلا ببنائهما الا انه كان اتصال احدهما اتصال تربيع و[اتصال]
ملازقة فصاحب التربيع اولى لان صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر
التربيع بالحائط المتنازع لما ذكرنا من تفسير التربيع فكان لصاحب التفسير على ذلك التفسير مع [اتصاله]
نوع استعمال وللاخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال اولى فكان بمنزلة
الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما اتصال بينا اتصال ملازقة او اتصال تربيع
وليس للاخر اتصال ولا له جذوع عليه فانه يقضى لصاحب الاتصال لانهما استويا في حق الاتصال
بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الاول وهو الاتصال بالبناء فيترجح
على الاخر **قوله** رحمه الله وهذا شاهد ظاهر لصاحبه وذلك لان الكل صار في حكم حائط واحد
بهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولانه في الظاهر
هو الذي بناه على حائطه مداخله انصاف اللبن لا يتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو اولى
كذا في المبسوط ولان الاستعمال بالتربيع سابق على الاستعمال بوضع الجذوع لان التربيع يكون حالة البنا
والبنا يكون سابقا على وضع الجذوع فكان صاحب التربيع اولى ذكره في الذخيرة فان كان جذوع
احدهما اقل من ثلاثة فهو اي فكل الحائط لصاحب الثلاثة وانما ذكر بهذا اللفظ ليتناول الاثنين
من الجذوع والواحد منها وذكر حكم الواحد والاثنين في الذخيرة وذكر القياس والاستحسان في الواحد
ولم يذكرهما في الاثنين وقال ولو كان لاحدهما عليه عشر خشبات او اقل من ذلك الى الثلاث
وللاخر عليه خشبة واحدة ولا شيء للاخر فقضى لصاحب الخشبة الواحدة على رواية ابن سماعة فلا يترجح
الاخر بزيادة الخشبات لان احدى الحجتين لا تترجح بزيادة من جنسها وفي الاستحسان لا يقضى بينهما
لان وضع الخشبة الواحدة وان كان حجة في هذا الباب الا انها حجة ناقصة لان الحائط انما يبنى
للتسقف والتسقيف لا يحصل بزيادة الخشبة الواحدة الا نادرا فكانت ناقصة من هذا الوجه والحجة
الناقصة لا تظهر في مقابلة الكاملة ثم قال واذا كان لاحدهما عليه عشر خشبات وللاخر خشبتان
فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لانه يمكن التسقيف بهما وقال بعضهم

بمنزلة

بمنزلة الواحدة اذ لا يمكن التسقيف بهما الا على الندرة وذكر في الايضاح القياس والاستحسان
في الواحد والاثنين جميعا فقال ولو كان لاحدهما عليه جذع واحد او جذعان وللاخر ثلاثة
اجذاع او اكثر فالقياس ان يكون بينهما نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والترجيح لا يقع بزيادة
القدر ولكنا استحسنا ولم نجعل بينهما نصفين وهكذا ايضا في المبسوط وللاخر موضع جذعه
اي ولصاحب الجذع الواحد او الاثنين موضع جذعه وذكر في الايضاح يريد به حق الوضع ثم
اعلم ان هذا الذي ذكره من حق الوضع لصاحب الجذع الواحد مع ان الحائط كله لصاحب الجذوع
الثلاثة فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلاثة لا بالبينة اما اذا ثبت ملكه
بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع لصاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط
وعن هذا في مسالة حق الوضع لصاحب الجذع مع الحكم بان الحائط كله لصاحب الجذوع الثلاثة عند
عدم البينة يحتاج الى الفرق بينهما وبين مسالة الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل وللاخر مخلاة ثم وقع
التنازع فيها وليس بينهما بينة كانت الدابة لصاحب الحمل ويؤمر صاحب المخلاة برفع مخلاته ولا يؤمر
صاحب الجذع الواحد برفع جذعه مع ان في الصورتين يقضي المتنازع كله لاحدهما بسبب الاستعمال
لا بالبينة ووجه الفرق يجيء بعد هذا في رواية وهي رواية كتاب الاقرار حيث قال في كتاب الاقرار ان
الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع في رواية وهي رواية
كتاب الدعوى حيث قال في كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على عدد الاجذاع فيكون لصاحب الجذع الواحد
موضع جذعه مع اصل الحائط ثم وجه رواية كتاب الاقرار ان لصاحب عشر خشبات عليه حملا
مقصودا يبنى الحائط لاجله وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك لان الحائط لا يبنى لاجل خشبة
واحدة وانما تنصب لاجلها اسطوانة فكان صاحب الخشبات اولى به كما في الدابة اذا كان لاحدهما
عليها حمل مقصود وللاخر مخلاة يقضى بها لصاحب الحمل الا انه لا يرفع خشبة الاخر لان استحقاق
صاحب الخشبات اولية[?] كما في الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل مقصود باعتبار الظاهر فلا يستحق
به دفع الخشبة على الاخر لان من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه
بان القسمة لو وقعت على هذا المثال كان جائزا واما وجه رواية كتاب الدعوى ان الحائط اذا كان
ليستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد
انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق ق
في ذلك الموضع وصار هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها احد عشر منزلا عشرة منها في يدي رجل
وواحدة في يدي رجل تنازعا في الدار فانه يقضى لكل واحد منهما بما في يده كذا ههنا ثم قيل
ما بين الخشب بينهما اي نصفان وقيل على عدد خشبهما وهذان القولان انما يردان على رواية
كتاب الدعوى لا على رواية كتاب الاقرار ثم القول الاول وهو ان يكون بينهما نصفين موافق لرواية
الذخيرة حيث قال فيها على هذا الوجه وقال وكيف يقضى بما بين الخشبات على رواية كتاب الدعوى
اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا يقضي على احد عشر سهما وبعضهم قالوا يقضي بينهما نصفين
لاستوائهما في ذلك الا ترى ان في مسالة الدار التي فيها منازل يقضي بالساحة بينهما نصفين كذا
ههنا ومخالف لرواية المبسوط فان في المبسوط فكان ذلك القول حمل الدار كله لصاحب الكثير
وقال فيه من اصحابنا قال يقضي بالكل بينهما على احد عشر سهما عشرة لصاحب الخشبات وسهم
لصاحب الخشبة الواحدة اعتبارا بما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة من الحائط ثم قال والاكثر
على انه يقضى به لصاحب عشر خشبات لان استحقاق الاخر بالخشبة لا بعلامة يستدل بها على
انه هو الذي بنى الحائط وللاخر علامة يستدل بها على انه بنى الحائط فان الحائط يبنى لعشر
خشبات لا لخشبة واحدة فلهذا كان الكل لصاحب الخشبات الا موضع الخشبة الواحدة لضرورة
استعمال صاحبها والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها ووجه الثاني وهو قوله وفي رواية لكل
واحد منهما ما تحت خشبته وهو رواية كتاب الدعوى ووجه الاول وهو قوله وفي رواية لكل
واحد منهما فهو لصاحب الثلاثة وهو رواية كتاب الاقرار الا انه يبقى له حق الوضع اي يبقى
لصاحب الجذع الواحد حق وضع جذعه لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يد الغير اي شهادة الظاهر

لصاحب الكثير ليست بحجة كاملة فلا يكون سببا لاستحقاق صاحب الكثير على صاحب القليل حتى يمنع صاحب القليل عن وضع جذعه هذا احترازا عما لو اثبت ملكه بالبينة فان فيه له ان يمنع وذكر في الذخيرة الفرق بينهما وقال الفرق هو ان البينة حجة مطلقة تظهر في حق الدفع والابطال والاستحقاق على الغير الا ترى ان الملك الثابت بالبينة كما يصلح للدفع يصلح لاستحقاق الشفعة على الغير واما اتصال التربيع فهو نوع ظاهر والظاهر يصلح للدفع ولا يصلح للابطال دون الاستحقاق الا ترى ان الملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح لاستحقاق الشفعة فكذا الملك الثابت بالاتصال يصلح للدفع ولا يصلح لابطال حق صاحب الجذع وذكر في المبسوط هذا الفرق على وجه السؤال والجواب وقال فان قيل لما قضي بالحائط لصاحب الاتصال فينبغي ان يؤمر الاخر برفع الجذوع لانه حمل موضوع على ملك الغير لا بسبب ظاهر لاستحقاقه كما لو تنازعا في دابة لاحدهما عليها حمل وللاخر مخلاة يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الاخر برفع المخلاة قلنا لان وضع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا له في الاصل بسبب فكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب الحمل امر الاخر برفع المخلاة فاما هاهنا فقد يثبت له حق وضع الجذوع على حائط الغير بان كان ذلك مشروطا في اصل القسمة وليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الاخر وهذا بخلاف ما لو اقام احدهما البينة وقضي به له يؤمر الاخر برفع جذوعه لان البينة حجة الاستحقاق يستحق بها صاحبها على الاخر رفع جذوعه عن ملكه **قوله** رحمه الله ولو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع فالاول اولى الى اخره وهو الصحيح من النسخ لكون الدليل موافقا للمدعى وفي بعض النسخ ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال وذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب ثم اعلم ان الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع او على العكس هو الاتصال الذي وقع في احد الطرفين واما اذا وقع اتصال التربيع في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحبه اولى وعلى هذا عامة المشايخ كذا في الفوائد الظهيرية وممن رجح صاحب الاتصال الطحاوي وممن رجح صاحب الجذوع الشيخ شمس الائمة السرخسي رحمه الله وقال في الذخيرة وان كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان صاحب الاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي رحمه الله والشيخ الفقيه عبد الله المرشد وذكر شمس الائمة السرخسي ان صاحب الجذوع اولى وذكر فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي وقد رجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع الساتر فراخ كاه سراي وجران كذا في تاج الاسامي لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور ووضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما اشبه ذلك فلما كانا في المرور سواء كانا في استحقاق الساحة ايضا سواء ولعل مرور صاحب القليل اكثر من مرور صاحب الكثير لو قامته صاحب الكثير وكون صاحب القليل خراجا في الامور على ان نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيها صاحب الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها اكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق باعتبار اهل اليد الا ترى انهما لو تنازعا في ثوب وعامته في يد احدهما وفي يد الاخر طرف منه انه يقضى به بينهما نصفين لما ان اليد حجة للاستحقاق وما يكون حجة الاستحقاق فالقليل منه يساوي الكثير كما لو تنازعا في شيء فاقام احدهما شاهدين والاخر مائة من الشهود فانه يقضى بذلك الشيء بينهما نصفين **فان قلت** يشكل على هذا مسائل اعتبر في بعضها جانب صاحب الكثير والغي جانب صاحب القليل اصلا وفي بعضها اعتبر جانباهما لكن على حسب القلة والكثرة لا على وجه التنصيف فمن الاول ما قالوا لو اقام احد المدعيين شاهدا واحدا والاخر شاهدين حيث اعتبر جانب صاحب الكثير وهو جانب الشاهدين حتى قضى القاضي بالعين له والغي جانب القليل وهو الذي اقام شاهدا واحدا وكذلك لو تنازعا في ثوب وفي يد احدهما جميع الثوب وفي يد الاخر هدبه حيث يلغى جانب الهدب ويقضى بالكل لمن في يده جميع الثوب وكذلك لو اخبر عدل بنجاسة الماء وعدلان بطهارته حيث يحكم بخبر العدلين وكذلك في رواية الاخبار يعمل بقول المثنى وكذلك لو تنازع اثنان في حائط ولاحدهما عليه خشبة وللاخر عليه عشر خشبات فان في بعض الروايات لا يقضى لصاحب الخشبة الواحدة اصلا واما من الثاني فمسألة الشرب فانهما لو تنازعا في مقدار الشرب حيث

يقسم

يقسم بينهما على قدر الاراضي بخلاف مسألة الكتاب التي نحن فيها فانه يقضى بالساحة بينهما بالسوية من غير نظر الى قدر الاملاك فكانت مسألة الكتاب مخالفة لهذين النوعين فما وجه الفرق بين هذه المسائل **قلت** اما في مسألة الشهادة فان الله تعالى لم يجعل ما دون الشاهدين حجة شرعا في الاملاك لقضاء القاضي بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين الاية وغيرها من الاي وقد ذكرناه في الشهادات وفي الثوب انما لم يقض لصاحب الهدب بشيء لما ان الاستحقاق انما يثبت باعتبار اليد على الثوب ويد صاحب الهدب انما تثبت على الهدبة دون الثوب لان الثوب اسم للمنسوج والهدب ليس بمنسوج واما في الاخبار بطهارة الماء ونجاسته وفي رواية الاخبار فلان خبر العدل انما جعل حجة في امور الدين باعتبار الصدق والصدق في خبر العدل راجح على الكذب لما عرف وزيادة العدد تفيد زيادة الصدق ايضا اما هاهنا فبخلافه لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو اليد فان يد كل واحد منهما على الساحة باعتبار انه يتطرق فيه الى ملكه ويضع فيه امتعته وغيرها وقد استويا فيه فيستويان في الحكم واما في مسألة الخشبة فقد ذكرنا ان صاحب الجذع الواحد غير مستعمل للحائط لما ان في العادة الحائط لا يبنى لوضع خشبة واحدة وانما يبنى لوضع الخشبات واما في مسألة الشرب فان الشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب وبكثرة الاراضي يكثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حقه في الشرب واما الساحة فيحتاج اليها الارباب بانفسهم وهما سواء في الاحتياج فاستويا في الاستحقاق لذلك وكان هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار الى هذا اشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي رحمهما الله لم يقض بما في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود والقاضي كيف يقضي بها لهما ولعلها في يد ثالث الا ترى الى مسألة غفل عنها القضاة رجل ادعى على رجل ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يديه واقام المدعي بينة انها ملكه فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز ان يكون الارض في يد ثالث والمدعي مع المدعى عليه تواطئا او قد اصطلحا على ذلك فالقاضي لا يقضي ببينة المدعي ما لم يثبت كون الدار في يد المدعى عليه بالحجة فان اقام احدهما البينة على اليد قضي باليد له ويكون الاخر خارجا وان اقاما جميعا البينة على اليد قضي لهما بها وبعد ما قضى القاضي بها لهما لو طلبا القسمة من القاضي فالقاضي لا يقسم ما لم يقيما البينة على الملك بعض مشايخنا قالوا هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله واما على قولهما فالقاضي يقسم بناء على مسألة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار واقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وخلفها ميراثا لهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما يقسمها بينهم باقرارهم كذا في الفوائد الظهيرية وذكر الامام المحبوبي رحمه الله في ارض غير ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انها في يديه فانه لا يقضي بانها في يد واحد منهما لان القاضي لا يقضي بغير حجة ولا حجة لواحد منهما سوى الدعوى ومجرد الدعوى لا يكون حجة للقضاء وكذا لو اقر احدهما انها في يد صاحبه فان القاضي لا يجعلها في يده لجواز ان يكون في يد ثالث وقد تواطئا على هذه الحيلة ليجعلها القاضي في يد احدهما الا انه يمنع المقر من ان يزاحم المقر له فيها لان اقراره حجة في حقه وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة **فان قلت** البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الاخر لا يكون خصما فكيف يقضى بالبينة للذي اقام البينة **قلت** هو خصم باعتبار المنازعة في اليد الا ترى انه يتمكن من اثبات اليد بالدعوى لو لم ينازعه الاخر ومن كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله فان طلب كل واحد يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم ينزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث جعلت في يديهما لما بينا وهو قوله لقيام الحجة لوجود التصرف والاستعمال فيها ومن ضرورته اثبات

البد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله والله تعالى أعلم بالصواب

باب دعوى النسب

لما ذكر الدعوى في الأموال وما في معناها شرع في بيان دعوى النسب وإنما قدم دعوى الأموال لكثرتها وكثرة الوقوع من أسباب التقديم لأن الأهمية في كثرة الوقوع ولا شك أن الأهمية من أسباب التقديم وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع إلى آخره هذه المسألة على وجوه ثلاثة إما أن يعلم أن العلوق كان في ملك البائع بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع أو كان مشكوكا بأن ولدت لأكثر من سنتين فإن علم أن العلوق كان في ملك البائع بأن اشترى جارية فباعها بعد سنتين وولدت لأقل من ستة أشهر فادعى البائع صحت دعوته والقياس أن لا يصح لأنه في دعواه متناقض وساع في نقض ما تم به وهو البيع فلا يقبل قوله كما لو قال كنت أعتقتها أو دبرتها قبل أن أبيعها ولنا أنا تيقنا حصول العلوق في ملكه وذلك ينزل منزلة البينة في إبطال حق الغير منها ما كان محتملا للإبطال فأما ما لا يحتمل الإبطال فالحال قبل البيع وبعده سواء فإذا بقي حق الاستحقاق له بقي على ما كان ثابتا وهو المعتمد به من غير حاجة إلى تصديق المشتري وخفاء أمر العلوق يكون عذرا له في إسقاط اعتبار التناقض وقبول قوله في إبطال البيع كما أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب يثبت منه ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر إلى التناقض وهذا لأن الإنسان قد يعلم بدءا أن العلوق ليس منه ثم يتبين أنه منه ولا يوجد مثل هذا في دعوى العتق والتدبير فلهذا لا يقبل قول البائع هناك وأما هاهنا فبخلافه لمكان الخفاء فلا يمنع صحة الدعوى وكالمرأة إذا أقامت البينة بعد الخلع أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فتثبت بينتها وكذا المكاتب إذا أقام البينة أنه كان أعتقه البتة قبل ذلك فتثبت بينته وكذلك هاهنا ثم لو ادعاه المشتري بعد دعوة البائع فعلى طريق القياس يثبت النسب منه لأن دعوة البائع لم تصح وعلى طريق الاستحسان لما ثبت النسب من البائع لا يصح دعوة المشتري لأن البيع قد انتقض وصار هو كأجنبي آخر ولأن الولد لا يستغني عن النسب فيكون دعوة أنفع لحاجة الولد إلى النسب وإلى الحرية ويثبت لها أمية الولد بإقراره ثم لا يصح دعوة البائع بعد دعوة المشتري لأن الولد قد استغنى عن النسب حين ثبت نسبه من المشتري ولأنه ثبت فيه ما لا يحتمل الإبطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذي كان للبائع ضرورة فإن ادعياه معا يثبت النسب من البائع عندنا وقال إبراهيم النخعي رحمه الله يثبت من المشتري لأن للمشتري حقيقة الملك فيها وفي ولدها وللبائع حق والحق لا يعارض الحقيقة كما لو جاءت جارية رجل بولد فادعاه هو وأبوه معا يثبت النسب من المولى لأن له حقيقة الملك فيها وللأب حق فيسقط اعتبار الحق بمقابلة الحقيقة ولنا أن دعوة البائع دعوى استيلاد لأن أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فإن أصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد كما لا تعارض بين نفس الإعتاق ودعوة الاستيلاد لمعنى وهو أن دعوة الاستيلاد لا تقتصر على الحال ودعوة البائع سابقة معنى لكونها سبقت صورة بخلاف دعوة المولى مع ابنه فإن شرط صحة دعوة الأب ملك الجارية من وقت العلوق إذ ليس له حال ولا حق ملك ولا حقيقة ملك واقتران دعوة المولى بدعوة الأب دعوة استيلاد احترازا عن دعوة التحرير يعني لما كانت هذه الدعوة دعوة استيلاد لم تفتقر إلى حقيقة الملك لصحة الدعوة في الحال بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لأمره على الصحة ولا يعتق الولد كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله بالنسب حقيقة العتق أي في الولد والحقه أي في الأم وقوله فإن كان الولد وادعاه البائع وقوله فإن ماتت الأم فادعاه البائع وما رتبت عليهما من الحكم من عدم صحة دعوة البائع بعد موت الولد وصحة دعوته بعد موت الأم ثابت في حق الإعتاق أيضا فإنه لو ادعى البائع نسب الولد بعد إعتاقه المشتري لا يصح دعوته وإن كان أقل من ستة أشهر من وقت البيع ولو ادعى نسبه بعد إعتاق أمه صح على ما ذكر بعد هذا لقوله أعتقها ولدها قال النبي عليه الصلاة والسلام لمارية القبطية حين ولدت إبراهيم رضي الله عنه من رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال أعتقها ولدها حيث جعل الولد أصلا لثبوت حق العتق في الأم لعرفنا أن الولد هو المقصود بالدعوة والأم تابعة فيها فلذلك قلت هي تجري في الولد من المشتري ما يمنع دعوة

البايع

البائع لم يصح دعوة البائع أصلا لقيام المانع في الولد وذكر مانع في الأم لأن الحق في الأم يثبت تبعا بخلاف العكس على ما ذكر في الكتاب وإليه أشار الإمام المحبوبي رحمه الله وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن يعني فهو ابن البائع فيقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الأم فما أصاب الأم يلزم المشتري وما أصاب الولد يسقط عنه ولا تصير الجارية أم ولد للبائع لأنه يثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال وهو الولاء وكذلك الحكم فيما إذا دبرها أو استولدها كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله **فإن قيل** كان ينبغي أن يبطل البيع ويبطل إعتاق المشتري لأن نسب الولد ثبت بدعوة البائع لكون العلوق في ملكه يقينا لأن الكلام فيما إذا جاءت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبات النسب صيرورة الجارية أم ولد للبائع كما قبل عتق المشتري الأم وإن كان هناك إبطال ملك المشتري في الأم كذا هنا ولأنهم قالوا فيمن باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر فأعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري حيث لم يتفاوت هناك وجود دعوة البائع قبل إعتاق المشتري أحد التوأمين أو بعده فيجب أن يكون هاهنا كذلك **قلت** ذاك مسلم أعني صيرورة الأم أم ولد للمدعي من حكم ثبوت النسب لكن ليس من ضروراته لأنه يحتمل أن ينفصل عنه النسب بل الانفصال عنه جائز فإن ولد المغرور يكون حر الأصل ثابت النسب من المستولد وأمه لا تكون أم ولد له فلا أم ولد للمدعي سواء ادعى الولد قبل إعتاق المشتري الأم أو بعده ولو كانت من ضروراته بحيث لا تنفصل عنه بحال فصارت الجارية أم ولد له في الحالين جميعا كما في التوأم وإذا كانت من أحكامه ولم تكن من ضروراته عملنا بالأمرين فمتى ادعى قبل العتق صارت الجارية أم ولد للمدعي عملا بكونه من أحكام النسب ومتى ادعى بعد العتق لم تصر أم ولد له لأنها ليست من ضروراته بخلاف التوأم لأن ثبوت نسب أحد التوأمين والحكم بصيرورته حر الأصل من أحكام النسب وضروراته لا محالة فلذلك صح قبل العتق وبعده وإلى هذا أشار الإمام المحبوبي رحمه الله ودعواه باطلة أي إذا لم يصدقه المشتري في دعواه لأن الأصل في هذا الباب أي الأصل في باب ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والأم تابعة له على ما مر وهو قوله ولما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه إلى آخره وفي الوجه الأول وهو ما إذا ادعى البائع الولد بعد ما أعتق المشتري الأم قام المانع من الدعوة وهو العتق الكائن راجعة إلى التابع وقوله من الدعوة صلة المانع أي العتق الذي هو مانع من الدعوة والاستيلاد إنما قام في التبع في الوجه الأول فلا يؤثر منعه بخلاف الفصل الثاني على ما ذكر وليس من ضروراته أي وليس من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاد في الأم أي قد يثبت عتق الولد بالنسب ولا تصير أمه أم ولد لأبي الولد كما في ولد المغرور وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها ثم استحقت الأم فيعتق الولد بالقيمة ولا تصير أمه أم ولد لأبي الولد وكما في المنكوحة بالنكاح بأن قالت امرأة لرجل تزوجني فإني حرة فتزوجها فولدت له ولدا ثم استحقت وفي الفصل الثاني وهو ما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع أنه ولده فيمتنع ثبوته منه وفي التبع أي فيمتنع ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد في الأصل الذي هو الولد وفي التبع الذي هو الأم وإنما كان الإعتاق مانعا أي وإنما كان إعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع إياه لأنه أي لأن الإعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب أي من البائع في حق الولد وحق الاستيلاد أي وحق استيلاد البائع في حق الأم فاستويا من هذا الوجه أي استوى إعتاق المشتري وحق استحقاق النسب والاستيلاد من البائع من حيث إنهما لا يحتملان النقض لكن يرجح إعتاق المشتري على حق استحقاق النسب من البائع لوجه آخر وهو أن الذي وجد من المشتري حقيقة الإعتاق وما وجد من البائع حق استحقاق النسب والحقيقة أولى من الحق فلذلك لم يقل بصحة دعوى البائع فيما إذا أعتق المشتري الولد وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله فإن كان المشتري أعتق الولد ولم يعتق الأم ثم ادعى البائع نسب الولد لا يصح دعوته لأن المشتري استحق الولاء بالإعتاق والولاء بمنزلة النسب لا يمكن إبطاله ولو ثبت نسبه من المشتري لا يصح دعوة البائع فكذا إذا ثبت ولاؤه للمشتري وإذا بطلت الدعوة في الولد بطلت في الأم ولا تصير

الجارية ام ولد لانها تتبع الولد في هذه الدعوة على ما ذكرنا هذا كله فيما اذا اعلم ان العلوق كان في
ملك البايع فان كان مشكلا بان جاءت الولد لستة اشهر فصاعدا او لاقل من السنتين من وقت البيع
فادعاه البايع لا تصح دعوته الا بتصديق المشتري وقوله في الفصل الاول اراد به ما اذا ادعى
البايع الولد وقد اعتق المشتري الام يرد عليه حصته من الثمن في قولهما وعنده يرد كل الثمن هو الصحيح
هذا احتراز عما ذكره الامام شمس الايمة في المبسوط والامام قاضي خان والامام المحبوبي رحمهم
الله في الجامع الصغير بان البايع لا يرد كل الثمن عند ابي حنيفة بل يرد ما يخصه الولد من الثمن ويمسك
ما يخصه الجارية وذكر الامام قاضي خان وان لم يبطل بيع الجارية لا يجب على البايع رد كل الثمن
بل يجب عليه رد حصة الولد ثم قال من المشايخ من قال على قول ابي حنيفة رحمه الله يسترد كل الثمن
لان ام الولد لا قيمة لها في قوله وهذا قول يخالف الرواية وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل
في الجارية حتى لم يبطل اعتاق المشتري وذكر الفرق لابي حنيفة رحمه الله في المبسوط بين ما اذا ما
الام ثم ادعى البايع نسب الولد وبين ما اذا اعتق المشتري الام ثم ادعى البايع نسب الولد ففي الموت
يرد البايع جميع الثمن وفي الاعتاق يرد من الثمن حصة الولد لا حصة الجارية فقال لان في الاعتاق
كذب القاضي البايع فيما زعم البايع انها ام ولد حين حكم بها معتقة من المشتري او مدبرة او ام ولد
فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فموتها لم يكذب الحكم بخلاف ما زعم البايع انها ام ولد حين
حبلها فبقي زعمه معتبرا في حقه فلذلك رد جميع الثمن فكان هذا الفرق جوابا عن ما ذكره الامام
المحبوبي رحمه الله سوالا في الجامع الصغير بعد ما ذكر ان البايع يرد من الثمن ما اصاب الولد ويمسك
ما اصاب الجارية بقوله **فان قيل** اليس ان البايع لما ادعى فقد اقر ان الجارية ام ولده وان
عليه رد جميع الثمن فيعامل معه باقراره حتى يلزمه رد جميع الثمن **قلنا** في جوابه بل اقراره
به لكن كذب شرعا في اقراره حين قضى القاضي بصحة العتق من المشتري والاقرار متى اتصل به
التكذيب من القاضي يصير وجوده كعدمه **فان قلت** يجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن
لانه حادث قبل قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث قبل القبض **قلت** الولد صورة وان
حدث بعد القبض من حيث المعنى كحادث قبل القبض فان البايع لسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة
وان بحصته المشتري كما قبل الفسخ كان بسبيل من الفسخ قبل الاستهلاك واذا كان حادثا قبل القبض
معنى فله حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة ها هنا فيصير له حصة
من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض ومن باع عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه
ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وتخصيص البيع بانه يحتمل النقض للاحتراز عن الاعتاق والتدبير
فانهما لا يحتملان النقض ولا يكون الولد ابن البايع اذا ادعاه بعد اعتاق المشتري اذا كذب المشتري
البايع في دعواه فقال في المبسوط ولو كان المشتري اعتق الولد او دبره ثم ادعى البايع نسبه لم
يصدق على ذلك اذا كذبه المشتري فان الولد مقصود بالدعوة وقد ثبت للمشتري فيه ما لا يحتمل النقض
وهو الولا فيبطل به حق الاستحقاق الذي كان للبايع لان الولا كالنسب وقد بينا انه لو ثبت النسب
من المشتري لم يكن للبايع حق الدعوة فكذلك اذا ثبت الولا له التوأم اسم للولد اذا كان معه اخر
في بطن واحد يقال هما توأمان وهما زوج خطا ويقال للانثى توأمة كذا في المغرب ولكن الامام شمس
الايمة ذكر في المبسوط ان ذكر التوام مكان التوأمين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توأم او غلامان
توأمان كلاهما صحيح عند اهل اللغة **قوله** رحمه الله غلامان توأمان ولدا عنده الى ان قال
فيهما اباه ويبطل عتق المشتري اي اعتاقه وتاويل المسالة اذا كان علوقهما جميعا في ملك المدعي ومن
دعوة البايع صحت في الذي عند البايع لمكان الملك والعلوق فيثبت نسبه واذا ثبت نسبه ثبت نسب
الاخر علا انهما من ماء واحد فيبطل عتق المشتري في المشتري ضرورة وليس فيه ابطال عتق المشتري
حقيقة بل يظهر ان اعتاقه لم يصح لما انه اعتاق الحر هذا اذا كان اصل العلوق في ملكه فاما اذا لم
يكن اصل العلوق في ملكه فالمسالة بحالها يثبت نسب الولدين من البايع ايضا لان حكم التوأمين لا يختلف
في حق ثبوت النسب ولا يعتق الولد الذي عند البايع على البايع ويعتق المشتري على حاله لا يبطل لان هذه
الدعوة دعوى تحرير لا دعوى استيلاد لانعقاد دعوى الاستيلاد الى اتصال العلوق بملك من يدعيه

نصار

ثم ما كان البايع اعتقها كذا في الفوايد الظهيرية بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل
العتق فيه مقصودا يعني يبطل عتق المشتري في تلك الصورة انما يبطل العتق الثابت مقصودا بسبب
حق دعوة البايع وانه لا يجوز لان عتق المشتري عتق حقيقي ومن البايع حق الدعوة والحق ادنى من الحقيقة
فلا يعارضها فكيف يرفعها فلذلك لا يبطل عتق المشتري واما في مسالتنا وهي مسالة التوأمين لم
يبطل عتق المشتري فيما اشتراه لما يبطل بطريق التبعية لمن هو حر الاصل الذي ثبت مقصودا من
المدعي وهو دعوة الذي في يده فيصح لان المبطل لاعتاق المشتري في مسالتنا ثبوت نسب الولد وحرية
الاصل وذلك امر لا يمكن دفعه فيبطل اعتاق المشتري ضرورة الى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه
الله او نقول في مسالتنا لا يبطل عتق المشتري الذي ثبت منه ما يظهر بسبب دعوة البايع لما في يده
من احد التوأمين ان اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل
لا انه من ابطال الثابت وذلك لا يصح كما ذكرنا من الفوايد الظهيرية وهنا اي في مسالة التوأمين
ثبت بقاء حريته فيه حرية الاصل اي ثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري
الذي كانت لحريته فيه حرية الاصل وذلك لان دعوة البايع هنا لما كانت دعوة استيلاد استندت
حريتها الى وقت العلوق لانه لما ثبت به حرية الاصل الذي عنده كان من ضرورته ثبوت حرية
الاصل الذي عند الاخر لانهما خلقا من ماء واحد ولذلك بطل البيع والعتق في الذي اشتراه
المشتري واعتقه اي ظهر بطلانه فعلى هذا كان اعراب حرية الاصل مجرورا بطريق البدلية
من حريته لان هذه دعوة تحرير لان اصل علوقهما لما لم يكن في ملك البايع كانت دعوة التحرير
فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر والتوأمان ينفصل احدهما عن الاخر في الاعتاق وليس
من ضرورة عتق احدهما بدعوة البايع ابطال البيع وابطال عتق المشتري في الاخر والدليل على
الفرق ان الجارية المشتركة بين اثنين اذا ولدت فادعاه احدهما فان كان اصل العلوق
في ملكهما لم يضمن المدعي من قيمة الولد شيئا وان لم يكن اصل العلوق في ملكهما ضمن نصف القيمة
لشريكه ان كان موسرا لان دعوته دعوة تحرير فجعل كاعتاقه الولد مقصودا كذا ذكره الامام المحبوبي
رحمه الله **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى الرجل احد التوأمين واشترى
ابوه الاخر فادعى الذي في يده انه ابنه ثبت نسبهما منه ويعتق الذي في يد الاخر ايضا وقد ثبت
هناك عتق الذي في يد الاخر مع ان علوق التوأمين لم يكن في ملك المدعي وفيما نحن فيه
لا يشترط الاعتاق ما في يد الاخر كون علوقهما في ملك المدعي **قلت** الفرق بينهما هو ان
المدعي ان كان هو الاب فالابن ملك اخاه فيعتق عليه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله محالا
الى الشافي قال هو ابن عبدي فلان الغايب او الميت ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا يعني سواء
صدقه العبد الغايب او كذبه ولم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لانه اقر بثبوت نسبه من
غيره وذلك يمنع ثبوت النسب منه بدعواه واقراره صحيح ثم لو حضر العبد فهو على ثلاثة
اوجه اما ان صدق المولى في ذلك او كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه ففي الوجه الاول والثالث
لم يصح دعوة المولى بعد ذلك بالاجماع وعلل شيخ الاسلام رحمه الله فقال لانه لم يتصل باقراره
التكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره صحيحا لان صحته لا تتوقف على التصديق بل البطلان موقوف
على التكذيب وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كذبه وجحد العبد نسب الصبي من نفسه ثم ادعى
المولى نسبه لنفسه لم يصح دعوته عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كذا ذكره الامام المحبوبي
رحمه وذكر في المبسوط لا لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه اي من المولى وقالا اذا جحد
العبد فهو ابن المولى يعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه لهما ان الاقرار وهو قوله
هو ابن عبدي فلان الغايب والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض اي وان كان
النسب يحتمل النقض اي وان كان النسب لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه اي
الاكراه يقطع الاقرار بالنسب حتى لو اكره على الاقرار ببنوة عبد فاقر لا يجوز كذا وجدت بخط شيخي
رحمه الله ونقول والاقرار بالنسب يرتد بالرد اي يحال ابتدا ثبوته فانه قابل للارتداد واذا كان
لا يقبله بعد الثبوت كرد المديون ابرا رب الدين فان الابرا يرتد بالرد حال ابتدا ثبوته فانه قابل

الارتداد وان كان لا يقبل بعد الثبوت كرد المديون ابرا رب الدين فان الابرا يرتد بالرد حالة الابرا اما لو سكت المديون يصح الابرا من غير قبول ثم بعد ذلك لو رده لا يرتد ونظير هذا ايضا الامر بيد المراة مطلقا فانه يرتد بالرد عند التفويض اما بعد ذلك فلا يرتد وذكر في مسالة الامر باليد صاحب المحيط ونظير هذا الاقرار فانه يرتد بالرد قبل التصديق وبعده واما اذا كان الامر باليد معلقا فلا يرتد بالرد اصلا لا حالة التفويض ولا بعدها كذا في الفصول للامام الاسروشني رحمه الله او لان الاقرار متى بطل بتكذيب المقر له بقي من المولى مجرد النفي فصار كانه نفاه ثم ادعاه وهناك تصح دعوته كذا هنا فانه لو قال لاحد ليس هو ابني ثم قال هو ابني تصح دعوته لعقبه وهو انه يقول هذا ليس بابني سكران يكون الابن عليه حقوق مالية ويقول له هو ابني اقر للابن على نفسه بالحقوق المالية والاقرار بالحقوق على نفسه بعد انكارها صحيح كذا في الدخيرة والجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله وكذبه البايع ثم قال اي المشتري انا اعتقته يتحول الولا اليه اي الى المشتري فصار كانه لم يقر اصلا ولابي حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا يبطل بالرد والتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وفي دعوى المبسوط ثم ابو حنيفة رحمه الله يقول في كلامه اما اول اقراره بشيئين احدهما ثبوت النسب من الغير والاخر خروجه عن دعوى هذا النسب اصلا وبتكذيب المقر له انما يبطل ما هو حقه فاما ما لا حق له فيه فلا يبطل الاقرار فيه بتكذيبه وخروج المقر من دعوى هذا النسب ليس حق المقر له فيبقى الحال بعد التكذيب على ما كان قبله والدليل عليه ان بتكذيبه لم يبطل الاقرار لان النسب مما لا يحتمل الابطال اصلا بل بقي موقوفا على حقه حتى لو ادعاه ثبت نسبه منه فلا يملك المولى دعواه لنفسه في حال توقف نسبه على حق الغير لولد الملاعنة اذا ادعى غير الملاعن نسبه لا يثبت نسبه لانه بقي موقوفا على حق الملاعن منع ذلك صحة دعوى غيره وهذا بخلاف الولا فانه اثر من اثار الملك واصل الملك يحتمل النقل من شخص الى شخص فكذلك اثره الا انه انما لا يحتمل الابطال بعد تقرر سببه وهو العتق من واحد لعدم تصور ذلك السبب من غيره حتى لو تصور بان كانت امة فارتدت ولحقت وسبيت وملكها رجل واعتقها كان ولاوها له دون الاول بخلاف النسب فرددت ... لتهمة كالفسوق والقرابة ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم يصح دعوته لجر الولا من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجني الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولا فكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولا الولد الى نفسه هكذا روي عن عمر رضي الله عنه كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وهذا اعرض على الولا الموقوف وهو الولا من جانب البايع وانما سماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب ما هو اقوى وهذا دعوى المشتري وانما كان دعواه اقوى لان الملك له قائم في الحال ظاهر فكان دعوى الولا الى نفسه بسبب الاعتاق مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك بخلاف النسب على ما مر وهو قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض الى اخره وهذا يصح مخرجا اي حيلة على اصله اي على اصل ابي حنيفة رحمه الله ان يخاف عليه اي على البايع وذكر الامام المحبوبي رحمه الله صورته رجل في يديه صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البايع يوما فيستقض البيع بعد البايع بكون الصبي ابن عبده الغايب حتى يامن المشتري انتقاض البيع بالدعوة عند ابي حنيفة رحمه الله فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوايد الظهيرية الحيلة في هذه المسالة على قول الكل ان يقر البايع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي قال في الفوايد الظهيرية وغيرها وهذا ان النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان في قوله معا الاشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني بالبنوة يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح يكون الخبر على صيغة اسم الفاعل فيستدعي تعارضا ولا تعارض اي هاهنا معنى ان الاسلام مرجح انما كان وعمل الترجيح انما يكون بعد وجود المعارضة والمعارضة انما يكون عند المساواة ولا مساواة بين الرقية والحرية فما رجح الى المنفعة الصبي لان منفعة الحرية له اكثر لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه ولا يمكنه اكتساب الحرية بنفسه فلما لم يكن المساواة لم يكن المعارضة لان شرط المعارضة المساواة في القوة ولما لم يكن المعارضة بينهما لم يحتج الى الترجيح بالاسلام

علان

[illegible] فان قيل [illegible] قوله [illegible]

[illegible] قلت [illegible]

[illegible] قوله [illegible]

لانه حق الرد بالعيب ولم يكن له ان يرجع على المتبرع بقيمة الاولاد وهذا لان عقد التبرع لا يكون
سببا لوجوب الضمان على المتبرع للمتبرع عليه الا ترى ان الملك لا يحصل له قبل التسليم لكيلا يلزمه ضمان
التسليم كذا في المبسوط والمشتري يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد ثم البائع لا يرجع على بائعه بما رجع
على المشتري من قيمة الولد في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يرجع وكذا هذا الاختلاف في رجل باع عبدا
من بائعه المشتري بعد ما قبضه من آخر حتى تداولته الايدي ثم ان المشتري الآخر وجد به عيبا ينقصه كالاصبع
الزائدة ونحوها فقبل ان يرده يحل بائعه ازداد عيبه آخر فله ان يرجع على بائعه بحصة النقصان
وليس للبائع ان يرجع على بائعه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ان يرجع الى هذا اشار في المبسوط والله اعلم

٥ كتاب الاقرار ٥ ٥

ذكر كتاب الدعوى مع ما ذكرنا يتلوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب
وذلك لان الدعوى المدعى اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة
والخصومة مستدعية الصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وتعدى
ما حصل له من المال اما بالاقرار او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى
بالصلح فامر صاحب المال بما له لا يخلو اما ان يسترسح منه او لا فان استرسح منه فلا يخلو اما ان يسترسح
بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك عنا فيتلوه
وذكر هنا استرباحه بغيره وقد ذكر استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يسترسح فلا يخلو اما ان
حفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه
بغيره وهو الوديعة ثم محاسن الاقرار ظاهرة منها اسقاط الواجب الناس عن ذمته وقطع السنة
عن مذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه ارضاء صاحب الحق وارضاء
خالق الخلق فعلم من صاحب حق لا يعرف فحجته وكم من صاحب مال مكنون لا يعلم بعد ارما استحقه
ومنها احماد الناس للمقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهود وانالة النول فيحتاج ها هنا
الى بيان الاقرار لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة وعمله وانواع المقر
به وبيان الفرق بين حالة الصحة والمرض اما اللغة فهو افعال من قر الشيء اذا ثبت والاقرار اثبات
لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود فكان الاقرار خلاف الجحود وفي الشرع عبارة عن اخبار لحق ظاهر
لغيره واما سببه فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب
واما شرطه فالعقل والبلوغ بلا خلاف واما الحرية فهي شرط في بعض الاشياء دون البعض وكذا
الرضا والطوع شرط حتى لا يصح اقرار المكره واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار
على المقر واما حكمه فلزوم ما اقر به على المقر واما دليل كونه حجة على المقر فاذكره بعد هذا واما
عمله فاظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء والدليل على صحة هذا مسائل احداها ان الرجل اذا اقر
لغيره بمال لا يملكه يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بالتسليم الى المقر له فعلم بهذا ان
الاقرار بالشيء لا على وجه التمليك به ابتداء الا انه لا يملك تمليك ما ليس بمملوك والثانية
الاقرار بالخمر للمسلم يصح اقراره حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح والثالثة ان
اقرار المريض الذي ليس عليه دين اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف اقراره على اجازة
الوارث ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة والرابعة عندنا ان العبد المأذون
اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك كان متبرعا من العبد وهو لا يجوز
في الكثير واما بيان انواع المقر به فهو في الاصل على نوعين احدهما حقوق الله تعالى والثاني
حقوق العباد ثم حقوق الله تعالى نوعان احدهما ان يكون خالصا كحد الشرب والزنا والسرقة والاقرار
به من الصحيح من الحر والعبد ولو رجع المقر عن ذلك قبل الاستيفاء بطل الحد لاحتمال الصدق في الرجوع
فاورث شبهة في الرجوع وهذه حدود لا تثبت بالشبهة واما حقوق العباد فانواع منها القصاص
والانواع منها القصاص والدية ومنها الاموال ومنها الطلاق والعتاق وحق الشفعة واما بيان
الفرق من حالة الصحة والمرض فيجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى كذا في التحفة وفتاوى قاضي خان رحمه

الله عنهما قوله رحمه الله وانه ملزم اي وان الاقرار ملزم على المقر ما اقربه وبيان الزامه ثابت بالكتاب والسنة والمعنى المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا ولو لم يلزمه المقر به على المقر باقراره لم يرجع الى املائه ولما نهاه عن الكتمان المستفاد من قوله وليتق الله ولا يبخس منه شيئا ولو لم يلزمه المقر به على المقر باقراره لم يرجع الى املائه ولما نهاه عن الكتمان المستفاد من قوله ولا يبخس منه شيئا الا ترى ان الله تعالى لما نهى الشهود عن كتمان الشهادة دل على ان باظهارها يتعلق حكم لازم فكذلك هاهنا وكذلك قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنهما اي شاهد بالحق وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم المراد منه الاقرار وهو امر ملزم كالزام قربه وهو قوله او الوالدين والاقربين فان الشهادة عليهم امر ملزم للمشهود عليهم فكذا الاقرار واما السنة فما ذكرها في الكتاب فان كون الاقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات كان دليلا على انه حجة فيما لا يندرئ بالشبهات بالطريق الاولى واما المعنى المعقول فهو ان المال محبوب المرء طبعا فلا يقر لغيره به وذلك لان الاقرار في اصله خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا باعتبار ظاهره والمحتمل لا يكون حجة ولكنه جعل حجة بدليل معقول وهو رجحان جانب الصدق على جانب الكذب لانه غير متهم فيما يقر به على نفسه في حق الغير فيما يحمله النفس الامارة بالسوء على الاخبار كاذبا وفي حق نفسه النفس الامارة بالسوء لا تحمله على الاقرار بالكذب بل دعا يمنعه من الاقرار بالصدق فلظهور دليل الصدق فيما يقر به على نفسه جعل اقراره حجة عليه الى هذا اشار في المبسوط ويمين لو وقعه دلالة اي على وجود المخبر به وتلك المراة باعترافها وهي الغامدية امراة من غامد حي من الازد قوله لان اقراره عهد يوجب تعلق الدين متصل بقوله لا يصح اقراره بالمال لانه مسلط عليه من جهته اي مسلط على الاقرار من جهة المولى **فان قلت** لا نسلم بان العبد المأذون مسلط على الاقرار من جهة المولى فانه مسلط من جهته على التجارة والاقرار بالمال غير التجارة لانه ازالة الملك بلا عوض فلا يكون تجارة ولما لم يكن تجارة ينبغي ان لا يصح اقراره بالمال كما لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقتل الخطا وقطع يد رجل عمدا او خطا لانها ليست بتجارة **قلت** نعم كذلك الا انه لا بد للتجارة منه لان التاجر بالتجارة يلتزم حقوق الناس فلا بد ان يصح اقراره بما التزم للناس حتى لا يضيع حقوق الناس ويخرج هو عن ما التزم بالتجارة ولانه متى لم يصح اقراره لم يعامله التجار لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة تجري بينهم واذا لم يمكن للتاجر بد من الاقرار صار الاقرار بالمال من التجارة فكذلك دخل تحت الاذن بالتجارة فالحاصل ان دين التجارة صار ملحقا بالتجارة من حيث انه لا بد للتجارة منه ولا كذلك ما ليس بدين التجارة فانه ملحق به وما ذكرته من الصور من المهر وغيره من قبيل ما ليس هو بدين التجارة فلا يصح اقراره به كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والدين لانه مبقى على الحرية في ذلك وذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الادمية والعبد مبقى على اصل الحرية في ذلك وذلك لان وجوب العقوبة بناء على ما هو من خواص الادمية كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار اعلم ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا تخلو عن ثلاثة اوجه اما ان يكون الجهالة في المقر له او في المقر فالاولان يمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالثة اما جهالة المقر له كما اذا قال لرجل علي الف درهم او لفلان او لزيد علي الف درهم لم يصح الاقرار لان زيدا في الدنيا كثير الا ان يعين وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار وهو ان يقول لرجل لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار والبيان في ذلك الى المقر لانه هو المجمل فاليه البيان كذا في شرح الطحاوي رحمه الله والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به اي فيصح بكون المقر به مجهولا **فان قلت** الشهادة ايضا اخبار عن ثبوت الحق للمدعي ومع ذلك تمنع صحتها جهالة المشهود به وهنا لا يمنع صحة الاقرار جهالة المشهود به وهنا لا يمنع صحة الاقرار جهالة المقر به مع اشتراكهما في الاخبار عن ثبوت الحق **قلت** الفرق بينهما الله تعالى لم يجعل اداء الشهادة حجة الا بعد

العلم بالمشهود قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه الصلوة والسلام للشاهد اذا رايت مثل الشمس فاشهد والا فدع فتمنع الجهل لا حاجة الى الشهادة بل هو ممنوع عن ادائها فاما من عليه الحق فيحتاج الى اظهار ما عليه باقراره معلوما كان عنده او مجهولا فقد يعلم اصل الوجوب ويجهل قدر الواجب وصفته فلهذا صح اقراره بالمجهول ولان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقاضي لا يتمكن من القضاء الا بالمعلوم فاما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به فاذا حصل بالمجهول امكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فلهذا صح الاقرار ولهذا لا يعمل الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط بخلاف الجهالة في المقر له فان ذلك يمنع صحة الاقرار وذكر في الذخيرة مسالة مخالفة لها الى واقعات الناطفي يدل على ان جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة اما اذا لم تكن متفاحشة لا تمنع صورته ما اذا قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين جاز ويحتاج الى ان يحلف لكل واحد منهما اما لو قال هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز قوله نصح اقراره بالبيان الحال وان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة بعد ان كان ذلك مما يثبت دينا في الذمة صح اقراره وبيانه فلذلك اذا كرر تحرزا ان يبين انه حبة او فلس او جوزة او ما اشبهه ذلك كذا في شرح الطحاوي وذكر في الايضاح ولا بد من ان يبين شيئا يتمانعه الناس ويقصد بالغصب لان ما لا يقصد به كالتراب لا يسمى غصبا ولو بين ما يقصده الناس ولا قيمة له قبل قوله فيه نحو ان يقر انه غصب صبيا حرا او خمرا لمسلم وهذا اختيار مشايخ العراق واما اختيار اهل ما وراء النهر لا بد من ان يبين شيئا له قيمة لان الاقرار بالغصب اقرار بلزوم موجبه وموجبه الرد وانما يتكامل وجوب الرد بايجاب القيمة عند تعذر رد العين وكذلك اذا اقر بما لا يضمن نحو العقار او غصبه خمر مسلم وذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه به ما يبينه ولا بد ان يبين شيئا هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب يدل على المالية فيه فالغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد ان يبين ما له يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل بذلك لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا انما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا تجري فيه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التفسير صحيح كان موصولا كان او مفصولا ثم ان ساعده المقر له على ما بينه اخذه وان ادعى غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه خرج عن موجب اقراره بما بين فاذا كذبه المقر له فيه صار رادا لاقراره بقي دعواه شيئا اخر عليه وهو لذلك منكر فالقول قوله مع يمينه ويستوي ان بين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق في الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال وبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه وفرق بين هذا وبين الخلع فان من خالع امراته على ما في بيتها من شيء فليس في البيت شيء كان الخلع مجانا ولم يجعل تسمية الشيء فيه دليلا على المالية بخلاف تسمية المتاع لان الخلع من اسباب الفرقة والفرقة قد تكون بغير بدل في العادة فلا يكون فيما صرح به دليل على المالية والشيء المذكور ثمة الغصب فلا يطلق في العادة الا فيما هو مال ولا يثبت حكمه شرعا الا فيما هو مال فالتنصيص عليه دليل على المالية في الشيء المذكور والعصير فيتخمر كان ما لا يفسد تقومه بالخمر شرعا وصار المسلم ممنوعا من تمولها من غير انعدام اصل المالية فيها الا ترى انها بالتخلل صارت مالا متقوما وهو ذلك العين ولهذا صح بيانه بالخمر محل حكم الغصب ولهذا كان غاصب الخمر من الذمي ضامنا فلهذا قبل بيانه وكذا اذا قال لفلان علي حق اي لزمه ان يبين ما له قيمة لان هذا معطوف على قوله فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه اخبر عن الوجوب الى اخره الا انه لا يصدق

وأقل من درهم لأن ما دون الدرهم من الكسور ولا يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط وفيه أيضا
ولو قال له علي مال عظيم من الدراهم فعليه ما تجب فيه الزكاة في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
وهو مائتا درهم على قياس مذهبهما عند الوصف بالكثرة ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله هنا وقيل
مذهبه في هذا الأصل كمذهبهما لأنه في الفصل الأول أي في قوله دراهم كثيرة يبني على لفظ الدراهم
وذلك غير موجود هاهنا والأصح أن على قوله يبني على حال المقر في الفقر والغنى فإن القليل عند
الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة وكما أن المائتين عظيم في حكم الزكاة فالعشرة
مال عظيم في قطع اليد ويعتبر المقر بها فيتعارض فيرجع إلى حال الرجل وعلى حاله يبني فيما يبينه وعلى
قول الشافعي رحمه الله البيان إلى المقر في ذلك فأي مقدار بين يؤخذ به لأن الإبهام حصل من جهته
وهذا بعيد فإنه لو قال علي مال نفيسة تبني يقبل ذلك منه ولا يجوز إلغاء قوله عظيم ولو قبلت
بيانه في القليل والكثير كنا ألغينا تنصيصه على وصف العظم وذلك لا يجوز وقوله وعنه مثل
جواب الكتاب وهو أن في قوله لفلان علي مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم وهذا إذا قال
من الدراهم أي بين وقال تارة من أدى من المال العظيم الدراهم أما إذا قال أي بين لأنه أدنى نصاب
يجب فيه من جنسه وإنما اشترط أن يجب فيه من جنسه حتى يكون عظيما لأن عدم إيجاب ما هو من جنسه
لقلته وتضوين فلا يكون عظيما ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من أي فن سماه يعني لو قال
لفلان علي أموال عظام ثم قال أردت من الأموال الدراهم كان عليه ستمائة درهم وكذلك في كل جنس
يريده حتى لو أراد الإبل يجب عليه من الإبل خمسة وسبعون وهذا لأن أقل الجمع ثلاثة فيحمل على ثلاثة
أموال ولو قال علي مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفي لم أجده منصوصا وكان الجرجاني
يقول يلزمه مائتان ولو قال علي دريهم أو دينير فعليه درهم تام ودينار تام لأن التصغير قد يذكر
لصغر حجمه تارة للتحقير وقد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص من الوزن ولو قال علي حنطة
كثيرة فهذا على خمسة أوسق والوسق ستون صاعا وهذا على قولهما لأن النصاب وباب
العشر يقدر بهذا وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا نصاب للحنطة فيرجع إلى بيان المقر ولو قال
غصبت إبلا كثيرة فهذا على خمسة وعشرين لأنه إنما يكثر إذا وجبت فيه الزكاة من جنسه وأقل ذلك ما
ذكرنا كذا في الإيضاح والذخيرة ولو قال كذا كذا درهما لا يصدق في أقل من أحد عشر إلى آخره وعلى هذا
الدنانير والكيل والوزن حتى إذا قال كذا كذا مختوما من حنطة عليه أحد عشر مختوما ولو قال له
علي كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا لزمه من كل واحد منهما أحد عشر اعتبارا لحالة الجمع بحالة الانفراد كان
ما لو قال كذا كذا دينارا ودرهما فإنه يلزمه أحد عشر منهما ثم له ما لو فسره في الوصلين جميعا
فإنه لو قال أحد عشر دينارا ودرهما يلزمه من كل واحد منهما النصف بخلاف ما إذا قال أحد عشر
دينارا وأحد عشر درهما فلذلك عند إبهام العددين ولو قال كذا درهما فهو درهم وذكر في التتمة
والذخيرة على خلاف هذا حيث قال في الذخيرة محالا إلى الجامع الصغير إذا قال لفلان علي كذا درهما
فعليه درهمان لأن هذا أقل ما يعد لأن الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وإن ثلث بالواو فمائة وواحد
وعشرون وإن ثلث لفظ كذا وثنى الواو وقال لفلان علي كذا وكذا وكذا لأن نظيره الذي أدى به
المقر هكذا حيث يقال لفلان علي مائة وواحد وعشرون ولا مثلث الواو وكذا في لفظ الكتاب عن العدد
وإن ربع يزاد عليها ألف أي وإن ربع لفظ كذا مع تثليث الواو بأن قال لفلان علي كذا وكذا وكذا
وكذا درهما لأن ذلك نظير أي لأن أقل العدد الذي يذكر بواوين مائة وواحد وعشرون وكذلك
في التربيع لأن أقل العدد الذي يثلث الواو مع تربيع لفظ العدد في المفسر هذا الذي ذكرنا مع زيادة
الألف حيث يقال لفلان علي ألف ومائة وواحد وعشرون وكذا في لفظ الكناية عن العدد لأن علي
صيغة إيجاب لأن على كلمة خاصة للإخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقه من العلو وإنما كان
يعلوه إذا كان دينا في ذمته لأنه يحتبسه من قضائه لخروج عنه وكذلك لو قال قبلي فهو إقرار بالدين
لأن هذا عبارة عن اللزوم ألا ترى أن الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وإن الكفيل يسمى
قبيلا لأنه ضامن للمال كذا ذكره في باب من الإقرار بألفاظ مختلفة من إقرار المبسوط وذكر الإمام
المحبوبي رحمه الله إذا قال الرجل لفلان علي ألف درهم كان إقرارا بالدين لأنه إنما يذكر الدين بهذا

فقد ذكره اقتضاء لأن قوله علي صيغة إيجاب ومحل الإيجاب الذمة وفي الذمة يثبت الدين دون
العين ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق أي في قوله قبلي وقيل لأن آخر كلامه تفسير لأوله
وهو محتمل لما فسره فإن قوله علي أي حفظها لا عينها لأن المودع ملتزم حفظ الوديعة ومتى فسر كلامه
بما هو محتمل كان مقبولا منه كذا في المبسوط ولو قال عندي إلى قوله فهو أمانة لأن هذه المواضع إنما
تكون محلا للعين لا للدين فإن الدين محله الذمة ولو ادعى الطالب أنها قرض لم يصدق لأنه ليس
في لفظ المقر ما يدل عليه ولو قال عندي ألف درهم عارية فهو قرض لأن الإعارة تمليك المنفعة
ولا يمكنه الانتفاع إلا بعد الاستهلاك وإذا استهلك وجب عليه رد المثل وهذا هو معنى القرض
كذا في المبسوط والإيضاح وذلك يتنوع إلى المضمون والأمانة فيثبت أقلهما **فإن قلت** يشكل على
هذا ما لو قال له قبلي مائة درهم دين ووديعة أو وديعة دين فهو دين حيث لم يقل هناك بالأمانة
مع أن الأمانة أقلهما في ذكر الدين والأمانة صريحا حلالا أن ما نحن فيه يتنوع اللفظ إلى الضمان والأمانة
بطريق الاحتمال وفي تلك المسألة من لفظين بالصريح والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر
للدين فإذا اجتمعا فيهما في الإقرار يترجح الدين كذا في المبسوط وهذا المعنى وهو أن استعارة اللفظ الذي
يوجب الدين لما يوجب الأمانة تحمل لا على العكس لأنه يمكن أن يستعار لفظ الوجوب الذي ينبئ عن
وجوب أصل الدين إلى وجوب الحفظ في الأمانة وأما لفظ الأمانة الذي ينبئ عن عدم الوجوب في الذمة
إلى الوجوب في الذمة فلا يصح لأنه يلزم حينئذ استعارة الأدنى في الأعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة
لفظ الطلاق للعتاق وأما في الأول فكان فيه استعارة الأعلى للأدنى وهو صحيح كاستعارة
العتاق للطلاق والاستعارة إنما يصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد بل في اللفظ الواحد المحتمل



للشيئين إنما ينظر إلى ما هو الأعلى المحتمل والأدنى المتيقن فيحمل على الأدنى المتيقن لثبوته نفسا كما في
لفظ الوكالة إذا قال لآخر وكلتك بمالي كان هو محمولا على الحفظ فقط لتيقنه لا التصرف في ماله وكما في قوله
أنت واحدة عند إرادة الطلاق فإنه محمول على الطلاق الرجعي لقلته وتيقنه لا على البائن ولو قال
له رجل لي عليك ألف اتزنها أو انتقدها إلى آخره كما أن ذكر الجواب بالهاء كان إقرارا وكذلك قوله
نعم كان إقرارا أيضا حتى لو قال اقضني الألف التي لي عليك فقال نعم فقد أقر بها لأن قوله نعم لا يستقل
بنفسه فقد أخرجه مخرج الجواب وهو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكأنه
قال نعم أعطيك الألف التي لك علي وهي ذكر ومن وضع الجواب كلاما يستقل بنفسه يحمل مبتدئا
به أيضا إلا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذ لا بد أن يحمل على الجواب وبيان ذلك
إذا قال سأعطيكها أو غدا أعطيكها أو سوف أعطيكها فالهاء أو الألف كناية عن الألف المذكور فصار
إعادته بلفظ الكناية كإعادته بلفظ الصريح بأن يقول سأعطيك الألف التي لك علي ولذلك إذا قال
اقعد فاتزنها أو فانتقدها أو لم تقبل اقبض وقال اتزنها أو خذها فلا بد من حمل كلامه على الجواب
بخلاف ما إذا قال اتزن أو انتقد أو خذ فهذا لا يكون إقرارا لأن هذا الكلام يستقل بنفسه وليس
فيه ما هو الكناية عن المال المذكور فيحمل على الابتداء لأنه مبتدئ بالكلام حقيقة فيترك هذه الحقيقة
إلا ويجعل كلامه للجواب كأن للضرورة ولا ضرورة هاهنا فجعلناه ابتداء ومعنى قوله اتزن أي اتعد
وذلك للناس واكتب به ولا تؤذني بالدعوى الباطلة فحصل من هذا كله أن ما لا يستقل كلاما
بنفسه إما لكلمة التصديق أو بالكناية الراجعة إلى المذكور قبله أو بمعنى من المعاني كقوله لم تحل
بعد هذا أو ليست عندي فيكون جوابا وإقرارا إلا فلا لأن التأجيل قوله لم يحل كناية عن الألف
فكان كلامه جوابا ويحق هذا اللفظ فيه دعوى التأجيل وأن يكون الأجل لا بعد وجوب أصل المال
ولذلك لو قال غدا لأن هذا غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من حمله على الجواب وهذا استمهال للقضاء
إلى الغد فلا يكون ذلك إلا بعد وجوب أصل المال وكذلك لو قال والله لا أقضيكها أو لا أزنها لك
اليوم لأنه نفي القضاء والوزن في وقت بعينه وذلك لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه فإذا
لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا فلا يحتاج إلى التأكيد في نفي القضاء باليمين
لأنه في نفسه منتف كذا في المبسوط ودعوى الإبراء بأن قال أبرأتني وكذلك دعوى الصدقة والهبة
يعني لو قال تصدقت بها علي أو وهبتها لي كان إقرارا فإن هذا دعوى التمليك منه ولا يكون ذلك إلا بعد

وجوب المال في ذمته **فان قلت** هل من صورة كان يصدق كلام المدعي ويرده كلاهما اقراره
قلت نعم وهو كما ذكرت من قوله والله لا اقضيكها او لا ازنها لك اليوم اقرار وكذلك لا اقضيكها
اليوم ايضا اقرار كما ان ساعطيكها او غدا اعطيكها اقرار وكذلك لو قال لرجل لاخر اعطني ثوب
عبدي هذا فقال نعم فقد اقر له بالثوب والعبد وكذلك لو قال افتح باب داري هذه او جصص
داري هذه او سرج دابتي هذه او اعطني سرج بغلي او لجام بغلي هذا فقال نعم فهذا اقرار لما بينا ان
نعم غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من حمله على الجواب لانه لو لم يحمل عليه صار لغوا وكلام العاقل
محمول على الصحة ما امكن ولو قال لا في جميع ذلك كان اقرارا ايضا في بعض نسخ كتاب الاقرار
وفي بعضها لم يكن اقرارا واما اذا قال لا اعطيكها اليوم او لا اعطيكها ابدا فهذا ليس باقرار لانه صريح
نفي الاعطاء اما مؤبدا او موقتا والكناية المذكورة في كلامه تنصرف الى ما سبق فكانه قال لا اعطيك
سرج بغلك او لجام بغلك ولو صرح بهذا كان اقرارا بملك البغل فكذا في الكناية كذا في المبسوط فقد
حمل كلا طرفي كلام المجيب هاهنا اقرارا كما ترى وفي الذخيرة والفتاوى الظهيرية اذا قال المدعى عليه
لكيسه بدوز او كيسه بدوزش بكسر الزاي لا يكون اقرارا او كيسه دوزش بفتح الزاي اقرار ولو قال
فيصل كنش بكسر النون لا يكون اقرارا ولو قال فيصل كنش بفتح النون او سكرها بفتح الراء فقد
اختلف المشايخ فيه والاصح انه اقرار لزمه الدين حالا وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله المال
عليه الى اجله لانه اقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا
ليس بشيء والاجل حق من عليه المال فكيف يكون صفة للمال ولكنه مؤخر للمطالبة الى مضيه فكان دعوى
الاجل كدعواه الابراء اياه في باب الاستثناء من المبسوط وفرق علماؤنا رحمهم الله بين مسالة
الاقرار ومسالة الكفالة ففي الكفالة في دعوى الاجل القول قول الكفيل لانه المكفول له وفي
الاقرار القول قول المدعي وقد مرت المسالة في كتاب الكفالة في دعوى الاجل القول قول الكفيل
لانه المكفول له وفي الاقرار القول قول المدعي كما في باب الضمان منه انسان يحتج العرق وليحلف
المقر له على الاجل اي على انكار الاجل وفي الذخيرة في الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل
الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل بمال ثم انكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم اقام الطالب
بينة على اقراره قضي له بالمقر به وان قال له مائة ودرهم لزمه كلها دراهم وكذا لو قال مائة ودرهمان
كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله وجهنا في ذلك ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة ودلالة اما
من حيث العادة فان الناس يتحرزون عن تطويل العبارات بالتنصيص على الدراهم عند ذكر كل عدد
ويكتفون بذكره مرة وهذا لانه لا يمكن انكاره لانهم يقولون احد وعشرون درهما فيكتفون
بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل واما من حيث الدلالة فلان المعطوف مع المعطوف
عليه بمنزلة المضاف مع المضاف اليه او كل واحد منهما للتعريف عند الصلاحية والصلاحية
موجودة في المكيلات والموزونات لانها تثبت في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة
ويجوز الاستقراض فيها لعموم البلوى حملنا العطف فيها تفسيرا بخلاف قوله وثوب وشاة
لان الثوب لا يثبت في الذمة دينا لا استقراضا فيه والشاة لا تثبت دينا في الذمة اصلا يعني
ثبوتا لازما فلم يصح قوله وثوب ان يكون تفسيرا للمائة لان قوله علي مائة عبارة عما ثبت
في الذمة مطلقا ثبوتا صحيحا فلهذا كان البيان اليه وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في
قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب
والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة
يتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم ولو قال مائة وثلاثة
اثواب فالكل من الثياب بالاتفاق لانه عطف العدد المبهم على العدد المبهم ثم فسر بما يصلح ان
يكون تفسيرا للكل فيكون الكل من الثياب والقول في بيان جنسه قول المقر وحاصله ان المعطوف
عليه كما يصح تفسيرا للمعطوف في قوله علي عشرة دراهم وقيراط فالقيراط من الفضة لان المعطوف
من جنس المعطوف عليه لان الدرهم اربعة عشر قيراطا كذلك يصح ان يكون المعطوف تفسيرا للمعطوف
عليه في قوله علي مائة ودرهم ونحوه كذا في المبسوط بمعنى على الحقيقة وهي ان تكون بيان المجمل موقوف
ال

الى المعطوف لان المعطوف غير المعطوف عليه فلا يصلح تفسيرا له في الاصل الا اذا ادعت الضرورة
الى كونه تفسيرا له وهو فيما يكثر وجوبه في الذمة وذلك اذا قال له مائة وثوبان اي يرجع في بيان المائة
الى المقر لما بينا وهو قوله اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن ولا يكثر وجوبها فالمعرف اليهما اي الى
العددين المبهمين القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما يسمى بذلك
ما دام فيها التمر والا فهي زبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان
الثاني ظرفا للاول وعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وان كان
الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو ان يقول غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح ان
يكون ظرفا لما اقر بغصبه او لا فيلغى اخر كلامه هذا في كلمة في واما الحكم في كلمة من فما ذكره في الكتاب
وهو ان يكون اقرارا بالغصب في الاول خاصة لان كلمة من للتبعيض وانما يفهم من الانتزاع واما الحكم في
كلمة على نحو ان يقول غصبته اكافا على حمار فكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور لبيان
محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا في المبسوط ومن اقر بدابة
في اصطبل لزمته الدابة خاصة لانه ذكر في المبسوط بهذا الطريق وقال ولو قال غصبتك طعاما
في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب
البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله الاخر لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل
وان قال لم احول الطعام من موضعه لا يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك
بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم انقله راجعا عما اقر به فلم يصدق فكان ضامنا
للطعام وفي قول محمد رحمه الله هو ضامن للبيت ايضا ومن اقر بخاتم لزمته الحلقة والفص
الى اخره اذا اقر الرجل ان هذه الدار لفلان او قال ان هذه الارض لفلان وفيها اشجار او نخل او اقر
ان هذا الخاتم لفلان وفيه فص ثم ان المقر اقام بينة بعد ذلك ان البناء والنخل والاشجار والفص
له لم يصدق ولم تقبل بينته اما اذا قال هذا الخاتم لي والفص لك او هذا السيف لي وحليته لك
او هذه الجبة لي وبطانتها لك وقال المقر له الكل لي فالقول لما اقر به المقر بعد ذلك ينظر ان لم يكن
في نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقر
ان يعطيه قيمة ما اقر به كذا في الذخيرة النصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء
وهي علاقة السيف الحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع العين جمع عود وهو الخشب
كالديدان في جمع دود وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رحمه
الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله كذا في المبسوط لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب
فامكن الحمل على الظرف فجعل كانه قال ثوب في منديل او حنطة في جوالق او يحمل كلامه على التقديم والتاخير فيصير
كانه قال عشرة اثواب في ثوب وقال ابو يوسف رحمه الله ان العشرة لا تكون وعاء ومعناه ان الوعاء
من الوعاء والثوب اذا لف في عشرة اثواب فكل ثوب يكون موعى في حق ما وراءه فلا يكون وعاء الا الثوب
الذي كان هو ظاهرا فاذا كان لا يتحقق في العشرة وعاء للثوب الواحد كان اخر كلامه لغوا وحمله
على التقديم والتاخير لا معنى له فانه اشتغال بايجاب المال في ذمته بالمحتمل وقوله لان النفيس من
الثياب قد يلف في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب
حرير عند محمد رحمه الله يلزمه الكل في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة حرير لا يجعل الكرباس عادة الى
هذا اشار في المبسوط ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة الى ان قال لزمه خمسة ولو قال لفلان علي
عشرة دراهم في عشرة دراهم يلزمه عشرة دراهم عندنا وقال زفر عليه عشرون وقال الحسن عليه
مائة درهم وجه قول الحسن ان العشرة في العشرة عند اهل الحساب مائة فاقراره بهذا اللفظ
محمول على ما هو معلوم عند اهل الحساب ولكنا نقول ان حساب الضرب والمسوحات في الموزونات
مع ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال وعشرة دراهم وان كثرت اجزاؤها لا تصير
اكثر من عشرة وزفر رحمه الله يقول الحرف في بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي فجعل
هذا تصحيحا لكلامه ولكنا نقول حقيقة حرف في للظرف والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم واستعماله

وغير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى حرف مع وقد يكون بمعنى حرف على قال الله تعالى ولاصلبنكم في
جذوع النخل اي على جذوع النخل وليس احدهما اولى من الاخر فبقي المعتبر حقيقة كلامه فلزمه عشرة
باول كلامه وما ذكره في اخره لغو ولذلك لو قال في عشرة دنانير الا ان يقول عنيت هذه وهذه
حينئذ يعمل بنيته لانه بين انه استعمل في بمعنى مع او بمعنى واو العطف كذا في المبسوط ولم يذكر في الكافي
ولا في المبسوط انه لو اراد بفي معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة ان حكمه ايضا حكم ما
لو قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة
عند علمائنا ولو قال على من درهم الى عشرة الى ان قال وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا يدخل
الغايتان وفي القياس ما قاله زفر رحمه الله فانه يجعل الدرهم الاول والاخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود
كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار
فلذلك هاهنا لا يدخل الحدان لان الحد غير المحدود وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا هو كذلك اذا كان الحد
هو قايم بنفسه كما في المحسوسات فاما ما ليس بقايم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان
واجبا واما ما ليس بواجب فلا يتصور حدا لما هو واجب وابو حنيفة رحمه الله الاستحسان قال وزفر رحمه
الله ان الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حدا ذكرا وان لم يكن واجبا الا ان الغاية الاولى لا بد
من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول ولان الكلام لا يستدعي
ابتدا فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتدا فيخرج هو من ان يكون واجبا
ثم الثالث والرابع هكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال
هذه ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس ولو قال له علي ما بين كر شعير
الى كر حنطة فعليه في قول ابي حنيفة رحمه الله كر شعير وكر حنطة الا قفيز حنطة لان القفيز الاخر
من الحنطة هو الغاية الثانية وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه الكران ولو قال له علي ما بين
عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة يلزمه الدراهم وعند محمد وتسعة دنانير وعندهما يلزمه
عشرة دراهم وعشرة دنانير وقوله من كذا الى كذا بمنزلة قوله ما بين كذا وكذا او جمع ما ذكرنا والله
فصل لما تغيرت المسايل صورة ومعنى وكتبت في نفسه بانها مسايل الحمل افي فصل
على حدة لها الا انه الحق مسالة الخيار بها اتباعا للمبسوط فانه هكذا ثم اعلم ان الاقرار للحمل على
ثلاثة اوجه احدها ان يبين سببا مستقيما والثاني ان يبين سببا مستحيلا والثالث ان يقر للحمل بمال
مطلق من دين او عين اما الاول فانه اذا بين سببا مستقيما بان يقول لما في البطن فلانة على الف
درهم من جهة ميراث ورثه عن ابيه فاستهلكته او وصية اوصى بها فاستهلكته فهو اقرار صحيح لانه بين
سببا مستقيما لو عاينا بناه حكمنا بوجوب المال عليه فلذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار في الحقيقة
للمورث والموصي بان المال متى ثبت في جهته فانه ينصرف الى وارثه او الى من اوصى له به وذلك المورث والموصي
من اهل الاقرار له فهو نظير ما لو قال لدابة فلان علي الف درهم اوصى لها بالعلف واستهلكته ثم جاءت
به في مدة يعلم انه كان قايما اي موجودا وقت الاقرار لزمه ثم العلم بان الولد كان موجودا وقت
الاقرار بوجهين احدهما حقيقي والاخر حكمي فالحقيقي ما هو اذا وضعته لاقل من ستة اشهر واما الحكمي فهو
ما اذا وضعته باكثر من ستة اشهر لكن المراة معتدة بعد وحينئذ اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين حتى حكم
بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث والموصي واما اذا لم يكن معتدة وجاءت
به لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيا فان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما لكن اذا كانا ذكرين او انثيين
كان المال بينهما نصفين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث
يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين لانه بين سببا لان البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين
حقيقة ولا حكما اما الحقيقة فلا يشكل واما الحكم فلانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه
بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب محالا صار كلامه
لغوا فلا يلزمه شي فان قلت فهذا يكون رجوعا عن الاقرار اذا والرجوع عن الاقرار لا يصح
وان كان موصولا قلت لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل عقد بينه على الجاهل فيظن ان الجنين يثبت
عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بنا على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك

السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه هذا كله من المبسوط فان قلت
كان البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين فكذلك لا يتصوران من الصبي الرضيع ايضا ومع ذلك
لو اقر ان عليه الف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع او الاقراض او الاجارة فانه صحيح يواخذ به
قلت الرضيع ان كان لا يتصور منه بنفسه لكنه يتصور من اهل ان يستحق الدين لهذا السبب تجارة
وليه وكذلك الاقراض لا يتصور منه ايضا لكن يتصور من نايبه وهو القاضي او الاب بان القاضي
واذا تصور الاقراض من نايبه جاز للمقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النايب قد يضاف الى المنوب
عنه كما يقال الخلفاء دانوا هاهنا وان بني الحرام بانين واما الاقراض لا يتصور لا من الجنين ولا من
نايبه لانه لا يلي ولا يولى عليه فكان ما اقر به كذبا محضا لم يمكن تصحيحه بوجه فلا يتعلق به حكم
فكان وجوده وعدمه بمنزلة فصار كما لو اقر انه قطع يد فلان خطا او عمدا ويد فلان صحيحة لا يلزمه
بهذا الاقرار شي لانه كذب متيقن الى هذا اشار في الذخيرة وقد امكن الحمل على السبب الصالح وهو
ان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه وهذا لانه لما تردد كلامه بين الصحة والفساد حمل
على الصحة حملا لكلام العاقل على الصلاح وعملا بحجة الاقرار بقدر الامكان قياسا على العبد المأذون
او الصبي المأذون اذا اقر لرجل بدين كان الاقرار صحيحا لانه احتمل الجواز بان كان من التجارة واحتمل
الفساد بان كان صداقا او دين كفالة فكذلك هذا الاقرار احتمل الجواز بان يحمل على الميراث او الوصية
والفساد بان حمل على التجارة فوجب ان يحمل على وجه يصح تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل ولابي
يوسف رحمه الله وجهان احدهما ما ذكر في الكتاب وهو ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب
التجارة فصار كانه نص به كما حمل في اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه اي على الاقرار
بسبب التجارة ولذا يحمل على الاقرار بعينها التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يواخذ العبد به في حال
رقه ويواخذ الشريك الاخر في الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يواخذ العبد المأذون في حال رقه
ولا الشريك الاخر ابدا الى هذا اشار في المبسوط والثاني هو ما ذكره في الذخيرة فقال بان هذا اقرار
صدر من اهله واحتمل الجواز والفساد كما قاله محمد رحمه الله الا ان حمله على الجواز متعذر لان
الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر شيا باولى من الاخر
فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري
قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري مع عبد له اخر من البايع بالف وخمسماية وقيمتهما على السواء كان
البيع في الذي اشترى من البايع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين بان يصرف اليه مثل الثمن
او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الاخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا بخلاف
العبد المأذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة وللفساد جهات وهذا
خلاف ما بين سببا مستقيما وجوب المال له للجنين وصية او ميراثا كان الاقرار صحيحا لان جهة
الجواز متعينة وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره
ولذا ذكرنا انفا انه اذا كانت جهة الجواز متعددة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم يكن
احداها في الحمل عليها باولى من الاخرى واما اذا اتحدت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه
المسالة لان مزاحمة الميراث الوصية وفي حق الحمل اليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل
لان له نصيبا ايضا في الام لاستتباع حقه في جميع التركة واما الوصية بحمل جارية او بحمل شاة لا تكون
وصية بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رحمه الله في صحة اقراره
مطلقا فيحمل لما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احدهما باولى
من الاخر فبقي على البطلان ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط صورة المسالة اذا اقر رجل لرجل بدين
من قرض او غصب او وديعة او عارية قايمة مستهلكة على انه فيه بالخيار ثلاثة ايام فالاقرار جائز
والخيار باطل اما جواز الاقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله علي او عندي لفلان واما الخيار
فباطل لان الاقرار اخبار فلا يليق به الخيار لان الخبر ان كان صادقا فهو صدق اختاره او لم يختره
وان كان كذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة
العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وامضايه ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فما دخل عليه وهو حكم

العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط وكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل في اصل
السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الحق في حكم الاقرار وهو اللزوم
ثابت ها هنا كان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه ويستوي ان صدقه
صاحبه في الخيار او كذبه وهذا بخلاف ما اذا اقر بدين من ثمن بيع على انه فيه بالخيار ثلاثة ايام فان المال
يثبت للخيار اذا صدقه صاحبه لان سبب الوجوب عقد يقبل الخيار فاذا تصادقا فاعلمه صار ذلك كالمعاين
في حقهما وان لم يصدقه صاحبه لم يثبت الخيار لان مقتضى مطلق البيع اللزوم فهو مدعي لغيره باشتراط الخيار
فيه فلا يقبل القول الا بحجة فاما فيما سبق فسبب وجوب المال فعل من قرض وغصب او استهلاك
وذلك لا يليق به الخيار ولو عاينا اشتراط الخيار فيه كان لغوا فلهذا لم يثبت وان تصادقا عليه
وان اقر بالدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة او قصيرة فان صدقه المقر له فهو
كفالة والخيار له ثابت الى اخر المدة لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه فيجعل بالتصادق عليه
كالمعاين في حقهما كذا في المبسوط والله اعلم

باب

الاستثناء وما في معناه لما ذكر حكم ما يرفع موجب الاقرار بكماله ذكر في هذا الباب حكم ما يغير
به موجب الاقرار بالاستثناء لما ان التغيير ابدا انما يكون بعد عدم التغيير وسواء استثنى الاقل او
الاكثر على قول الفراء فانه لا يجوز استثناء الاكثر مما تكلم به لان العرب لم تتكلم بذلك ولكنا نجوز استدلالا
بقوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا ولان طريق الاستثناء انه يجعل عبارة
عن ما وراء المستثنى فلا فرق بين ان يستثنى الاقل والاكثر وبان لم يتكلم به العرب لا يمنع صحته
اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور ولم يتكلم به العرب وكان صحيحا ثم هذا الاستثناء انما يصح
من ان يكون المستثنى منه مما يقسم اذا لم يكن الاستثناء فيهما صحيح حتى لو قال لعبيدك هذا العبد
الا نصفه صدق فيه وكذلك لو قال الا ثلثه الا على قول الفراء على ما ذكرنا من استثناء الاكثر
من الاقل اما لو قال الا العبد كله كان الاستثناء باطلا لانه انما يصحح بان يجعل عبارة عن ما
وراء المستثنى فانه لا يبقى وراء المستثنى منه شيء فكان هذا رجوعا لا استثناء والرجوع باطل وان كان
موصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لاول كلامه والابطال ليس من البيان في شيء
فلم يصح وان كان موصولا كذا في المبسوط فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء اعلم
ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه واما اذا كان المستثنى من خلاف
جنس لفظ المستثنى منه صح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوالق الا عمرة
وليس له نساء الا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم
يصح الاستثناء وطلقهن كلهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لا يصح الاستثناء وعتقوا
كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال
اوصيت بثلث مالي لفلان الا الف درهم كان للموصى له ثلث ماله ولو قال اوصيت بثلث مالي الا
الف درهم وثلث ماله الف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال ~~اوصيت~~ ولا يصح
كذا في شرح الطحاوي وهكذا ايضا ذكره صاحب الهداية في الباب الاول من ايمان الزيادات فقال
استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ
كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد حتى اتى الكل
يصح الاستثناء ولا يطلق واحدة منهن وان كان هذا استثناء الكل من الكل وكذلك في الوصية على
ما ذكرنا وهذا الفقه وهو ان الاستثناء تصرف لفظي فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا يرى انه
لو قال لامرأته انت طالق ست تطليقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست
لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا
الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه وهو ان الاستثناء كذا
بغير اللفظ الاول فهو يصح لاخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام او التكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه
انما صار كلاما مردودا عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ وتصور ان يدخل في ملكه غير هؤلاء
الجواري او العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه

لانه لا اخراج بعض ما يتناوله ولا التكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ فلا يصح الاستثناء ولو قال
له علي مائة درهم الا دينارا الى ان قال وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما اعلم ان الكلام مع الشافعي
في اصل الخلاف في موجب الاستثناء فعنده موجب الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل
المعارض بمنزلة دليل الخصوص في العموم فاذا قال لفلان علي عشرة الا درهما يصير كانه قال الا
درهما فانه ليس علي فلا يلزمه الدرهم للدليل المعارض لاول كلامه
لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به وعندنا موجب الاستثناء ان يصير كالمتكلم بما وراء المستثنى
خاصة ويخرج كلامه في القدر المستثنى من ان يكون ايجابا واصل الخلاف بيننا وبينه في التعليق
بالشرط فانه لا خلاف بيننا وبينه ان الاستثناء والتعليق بالشرط كل واحد منهما بيان الا ان عندنا
التعليق بالشرط لاخراج كلامه من ان يكون ايقاعا فيكون ذلك بيانا في احد الحكمين والاستثناء
يخرج المستثنى من ان يكون في حكم المذكور اصلا فيكون هذا بيانا في احد الحكمين والاستثناء يخرج من ان
يكون في حكم المذكور اصلا فيكون هذا بيانا ان اصل الايجاب لم يتناول ما وراء المستثنى ودليله
بل اثباته امثلة قول اهل اللغة الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي فلو لم يثبت
حكم الاستثناء ضد حكم اصل الكلام لكان قولهم هذا باطلا وفي كلمة الشهادة اثبات التوحيد
الا نفي ولو كان عمل الاستثناء فيما قلتم لكان هذا نفيا للشريك لا اثباتا للتوحيد فاذا ثبت
ان القاعدة قلنا يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى
منه كان الدليل المعارض في المعين ممتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان المعارض باعتبار
القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى ودليلنا على اثبات الاصل قوله تعالى فلبث فيهم
الف سنة الا خمسين عاما وامتنع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار
واذا لم يحتمل الطريق في الاستثناء ما قلنا ان المستثنى منه عبارة عن ما وراء المستثنى كان هذا رجوعا
واسترداكا للغلط وذلك لا يجوز على الله تعالى وما زاد على هذا التقرير مذكور في اصول الفقه واذا
ثبت هذا قلنا انما لم يصح الاستثناء لاستخراج ما لولا الاستثناء لكان الكلام متناولا له ولم يكن
اول كلامه متناولا للثوب فلم يكن هذا استثناء بل يكون كلاما مبتدأ للبيان انه ليس عليه شيء من
الثياب اما عليه الف درهم فقط فهذا هو القياس اذا استثنى مكيلا او موزونا او معدودا من
خلاف جنس المذكور لان اصل الكلام غير متناول له وان لم يذكر الاستثناء ولكن استحسن ابو حنيفة
رحمه الله وابو يوسف فقالا المقدرات جنس واحد معنى وان اختلفت اجناسها صورة لانها
تثبت في الذمة ثمنا وتثبت حالا او مؤجلا ويجوز الاستقراض فيها فكانت في حكم الثبوت في الذمة
كجنس واحد وانما كان الاستثناء استخراجا بطريق المعنى على انه يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى
فلهذا صح استثناء المقدور من المقدورات وان اختلفا في الجنس صورة والعدديات التي لا تتفاوت
بمنزلة المقدورات في ذلك بخلاف الثياب والغنم فانها ليست من جنس المقدورات معنى فلم يكن في
استثناؤها استخراجا من الكلام لا صورة ولا معنى فكان باطلا كذا في المبسوط وقوله والا
كر حنطة لزمه مائة دينار الا قيمة كذلك لو قال الا فلسا او استثنى شيئا مما يكال او يوزن
او يعد عدا فهو على هذا الخلاف كذا في المبسوط والمكيل والموزون او ما فيهما اعيان ما في لو نعنا
اثمانا وواجبا في الذمة انما كان بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات
والعين حتى لو عينها يتعلق العقد بعينها فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة جنس بخلاف
الدراهم والدنانير فانهما اثمان وواجبة في الذمة سواء عينت او لم تعين ولهذا لا يجب بمطلق
عقد المعاوضة احترازا عن السلم فصار نقد من مستثنى من الدراهم فصار كانه ذكر المستثنى منه
والمستثنى جميعا بلفظ الدراهم وفي الذخيرة ان كان للمستثنى مثل من جنسه كالمكيل والوزني
والعددي المتقارب نحو ان يقول لفلان علي دينار الا درهما او قال الا قفيز حنطة او قال الا مائة
جوز صح الاستثناء ويطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به وان كانت قيمة المستثنى تاتي على جميع ما اقر
به لا يلزمه شيء وان لم يكن للمستثنى مثل في جنسه نحو ان يقول لفلان علي دينار الا ثوبا او قال
الا شاة لا يصح الاستثناء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وقوله وما يكون ثمنا صح معدودا
للدراهم بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل فيبنى الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح وفي بعض النسخ مبني

المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح اى فلا يصح الاستثنا فصح في البناء ولا يمنع به صحة الاقرار لما ذكرنا
ان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة المستثنى لان جهالة المستثنى
توجب جهالة في المستثنى منه وفي المقر به مجهولا اعلم ان الذي ذكره من جهالة المقر به عند
جهالة المستثنى مخالف لما ذكره في الذخيرة وقال فيها محالا الى المنتقى قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا قال الرجل لفلان علي مائة درهم الا قليلا فعليه احد وخمسون درهما وكذلك في نظاير هذا
نحو قوله الا شيئا او الا شيئا لان استثنا الشي استثنا الاقل عرفا فاذا اوجبنا النصف وزيادة
درهم فقد استثنى الاقل وعن ابي يوسف رحمه الله اذا قال لفلان علي عشرة دراهم الا بعضها فهذا
نظير قوله لفلان علي عشرة دراهم الا شيئا فعليه اكثر من النصف وذكر قبل هذا لو قال لفلان
علي الف درهم الا مائة او خمسين ذكر في رواية ابي سليمان رحمه الله ان عليه تسعمائة وخمسين لانه
ذكر كلمة الشك في الاستثنا بين المائة والخمسين فيثبت اقلهما كما ذكر كلمة الشك في الاقرار بين
الشيئين فانه يثبت اقلهما وفي رواية ابي حفص رحمه الله يلزمه تسعمائة لان الشك في الاستثنا يوجب
الشك في الاقرار فكانه قال علي تسعمائة او تسعمائة وخمسون قالوا والاول اصح لان الشك دخل في
الاستثنا ظاهرا دون الاقرار وقال ان شا الله الى اخره قال في الباب الاول لكن اقرار المبسوط ولو
قال غصبتك هذا العبد امس ان شا الله لم يلزمه شي استحسانا وفي القياس استثناوه باطل لان
ذكر الاستثنا بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات وجه الاستحسان فقال
الاستثنا مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط فان الله تعالى اخبر عن موسى عليه الصلوة
والسلام حيث قال ستجدني ان شا الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبيا كالعهد
من غيرهم فدل ان الاستثنا مخرج للكلام من ان يكون عزيمة وقال عليه الصلوة والسلام من استثنى فله
ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا اذا كان هو عزيمة لكن انما يعمل هذا الاستثنا اذا كان موصولا بالكلام
لا اذا كان مفصولا الا على قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه قال يعمل الاستثنا وان كان مفصولا استدلالا
بقوله عليه الصلوة والسلام لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شا الله ولكنا نقول الاستثنا
مخرج للكلام من ان يكون عزيمة فكان مغيرا لموجب مطلق الكلام والمغير انما يصح موصولا بالكلام لا مفصولا
فان المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذلك لا يملك الاستثنا المفصول
وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه نفي لما اثبته فكان تناقضا
منه والتناقض لا يصح مفصولا كان او موصولا اما هذا فبيان فيه تغيير فان الكلام نوعان لغو
وعزيمة فبالاستثنا تبين ان كلامه ليس بعزيمة وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة
التعليق بالشرط واما الحديث فقلنا قوله بعد سنة ان شا الله لم يكن على وجه الاستثنا بل هو
امتثال لما امر به قال الله تعالى واذكر ربك اذا نسيت لان الاستثنا مشية الله تعالى اما ابطال
او تعليق انما ردد بين هذين اللفظين لان في الاستثنا مشية الله تعالى مذهبين احدهما انه
ابطال الكلام فيبطل به الكلام تقدم او تاخر والاخر انه تعليق بالشرط والتعليق بشرط مشية
الله صحيح في المنع من الوقوع كذا ذكره الامام شمس الايمة السرخسي رحمه الله في الباب من الجامع الكبير
وذكر الامام قاضي خان في ذلك من الجامع اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسالة فقال ابو يوسف
رحمه الله التعليق بمشية الله ابطال وقال محمد رحمه الله هو تعليق بشرط لا يوقف عليه وانما يظهر
ثمرة الاختلاف فيما اذا قدم المشية فقال ان شا الله انت طالق عند ابي يوسف رحمه الله لا يقع الطلاق
لانه ابطال وعند محمد رحمه الله يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزا لم يتعلق
وبقي الطلاق من غير شرط فيقع لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط الى ان قال علي مائة درهم
ان مت والدليل على هذا ما ذكر قال الرجل لفلان علي الف درهم ان شا فلان فقال فلان قد
شئت فهذا الاقرار باطل لانه علقه بشرط وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق
بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صادقا
لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط والتعليق بالتعليق به اصلا
انما التعليق فيما فيه هو ايجاب ليتبين بالتعليق انه ليس بايجاب ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار
علق بالشرط او الخطر نحو قوله ان دخلت الدار او مطرت السما او ان هبت الريح او ان تقضى الله تعالى

از

او اراده او وصيته او هبته او قدره او تيسره او ان ذريت بذلك او ان اصبت مالا او ان كان كذلك
او ان كان حقا فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا ولو قال اشهدوا
ان له علي الف درهم ان مت فهو عليه ان عاش او مات لان هذا ليس باستثنا ولا بمخاطرة فان موته
كاين لا محالة ومراده ان يشهدهم على المال المقر به حتى لا يبقى ذمته مرتهنة به فانه يشهدوا به عليه
بعد موته اذا جحد الوارث وادعى من قضايه فكان راجعا الى تاكيد اقراره فيلزمه المال عاش او
مات وكذلك لو قال له علي الف درهم اذا جا راس الشهر او اذا افطر الناس او الى الفطر او الى الاضحى
لان هذا ليس بتعليق بل هو دعوى منه الاجل الى الوقت المذكور واما قوله الى بعيد فمشكل وكذلك
قوله اذا قاله للوقت والوقت الذي ذكره ات لا محالة فكان اقراره صحيحا ودعوى الاجل غير
مقبولة الا ان يثبته بالبينة او يصدقه الطالب وعلى قول الشافعي رحمه الله المال عليه الى اجله وقد
ذكرناه كذا في باب الاستثنا وهو الباب الثاني والعشرون من اقرار المبسوط لان البنا داخل في
هذا الاقرار معنى لا لفظا اي البنا داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا باللفظ والدليل
على هذا فصل البيع فان البنا في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحقت البنا قبل القبض لا يسقط
شي من الثمن مقابلته بل يتخير المشتري بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها حيث يصح الاستثنا
ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا ثلث البيت والبيت للمقر لان البيت في لفظ الدار داخل
مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن كذا في الذخيرة بخلاف ما اذا قال
مكان العرصة ارضا حيث يكون البنا للمقر له اي ايضا يعني كما يكون الارض للمقر له فكذلك بناوها
ايضا يكون للمقر له لما ذكرنا في الكتاب وهو قوله لان الاقرار بالارض اقرار بالبنا فان قلت
يشكل على هذا ما لو اقر قال البنا لفلان والارض لاخر فكان كما قال حتى كان البنا للاول والارض
للثاني ولم يقل هناك الاقرار بالارض اقرار بالبنا فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق
بينهما من حيث ان اول كلامه فيما اورد ثمة اقرار معتبر بالبنا فيهما كان اخر كلامه اقرارا بالارض
والبنا ولكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فلا يكون فكان للثاني في الارض خاصة واما
ما نحن فيه فاخر كلامه اقرار بالارض والبنا وهما جميعا ملكه فيصح اقراره بهما للمقر له وذلك
لان اول كلامه وهو قوله بنا هذه الدار غير معتبر لانه لو كان ذلك فيمكن ان يذكره فيبقى قوله وارضها
لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع كما لو قال ارض هذه الدار لفلان استحق
فلان الارض والبنا جميعا فيصح الفرق بينهما ان البنا في تلك المسالة لما صار للمقر له الاول خرج
من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثاني بعد ذلك لا يتعدى الى البنا وفي مسالتنا
البنا باق على ملكه فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البنا تبعا كذا في
المبسوط وذكر في الذخيرة واعلم بان هذا الجنس من مسايل وتخرجها على اصلين احدهما ان الدعوى
قبل الاقرار لا تمنع صحة الاقرار بعده والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحت الاقرار لا يصح
والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال
بنا هذه الدار لي وارضها لفلان انما كانت الارض والبنا لفلان لان بقوله البنا لي ادعى
البنا وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبنا تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى
صحيح واذا قال ارضها لي وبناوها لفلان فهو على ما اقر المقر لان بقوله ارضها لي ادعى البنا
لنفسه تبعا وبقوله البنا لفلان اقر بالبنا لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر
له بنقل البنا من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناوها لي فالارض والبنا للمقر له
لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبنا تبعا وقوله والبنا لي ادعا البنا لنفسه والدعوى
بعد الاقرار في بعض ما تناوله الاقرار لا يصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناوها لفلان
اخر فالارض والبنا كلاهما للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبنا
تبعا للارض وبقوله وبناوها لفلان اخر حصل مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال
بنا هذه الدار لفلان وارضها لفلان اخر فهو كما اقر به المقر لان بقوله اولا بنا هذه الدار لفلان صار
مقرا بالبنا له وبقوله وارضها لفلان اخر صار مقرا على الاول بالبنا للثاني والاقرار للانسان على

غيره باطل لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد والعبد
في يده كان عليه الف درهم كذا هاهنا العبد عبدك ما بعتك وانما بعتك عبدا غير هذا وقبضته ولي
عليك الف درهم ثمنه فانه يلزمه الف درهم لانهما اختلفا في الجهة التي وجب بها الالف واتفقا
على الوجوب اما الطالب فلانه ادعى وجوب الف درهم بسبب بيع عبد اخر اشتري منه وقبضه وهو
ايضا اقر بالوجوب بدلا عن هذا العبد وقد سلم له هذا العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا في
جهة الوجوب وفي مثل هذا يقضى بالف درهم كما لو اقر فقال لفلان علي الف درهم من غصب وقال
فلان لا بل من قرض ولا تفاوت في هذا بين ان يكون العبد الذي ادعى المقر انه اشتراه في يد المقر
او يد المقر له والثالث ان يقول فانه اذا كان في يد المقر يأخذ العبد منه فلا يلزم على المقر شيء من
ثمن العبد لانهما لم يتصادقا على الوجوب فان المقر انما اقر له بالف درهم بدلا عن هذا العبد فاذا لم
يسلم له العبد لم يسلم للمقر له بدله ولو قال لم ابع ذلك اي مع انكار العبد المقر به يدعي لزوم المال
ببيع عبد اخر واذا تخالفا بطل المال اي بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده وان قال
من ثمن عبد ولم يعينه الى اخره وفي المبسوط اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع اشتريته منه
ولم اقبضه قال ذلك موصولا باقراره لم يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه
الله ومحمد يصدق اذا كان موصولا ولا يصدق اذا كان مفصولا ثم رجع ابو يوسف رحمه الله عن هذا
منه فقال اذا كان مفصولا يسأل المقر له عن المال اهو من ثمن البيع ام لا فان قال من ثمن البيع فالقول
قول المقر انه لم اقبضه وان قال من جهة اخرى سوى البيع فالقول قول المقر له وهذا في الحقيقة ليس
برجوع ولكنه تفصيل لما اجمله في الابتداء وهو قول محمد رحمه الله **قوله** رحمه الله وانكاره القبض
في غير المعين ينافي الوجوب اصلا وذلك بانه لا يطالب المشتري باداء الثمن الا بعد احضار المبيع وما من مبايع
بعينه التابع الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا فيتأخر المطالبة ثم لو ادعى تأخير المطالبة الى الابد على
ما ذكرنا بخلاف ما لو ادعى تأخير المطالبة الى غاية لم يصدق فيما اذا قال علي الف درهم من ثمن بيع الى شهر فاذا ادعى
تأخير المطالبة الى الابد على ما ذكرنا لم يصدق وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ما اذا عين المتاع لانه
اقر بالوجوب ولم يدع ما يوجب تأخير المطالبة لان المبيع اذا كان حاضرا فالمشتري يطالب باداء الثمن
اولا ثم يقبض المبيع فلذلك قلنا في قوله لك علي الف درهم من ثمن هذا المتاع الذي في يدك الا اني
لم اقبض بانه يصدق وصل ام فصل كذا في الذخيرة وان اقر انه باعه متاعا اي صدق المقر له
المقر في الجهة حيث قال بانه باعه متاعا كما هو اقرار المكذب المقر لكن كذبه في انكار قبض المبيع
فالقول قول المقر اي سواء فصل ام وصل عندهما وذكر في الذخيرة اما اذا صدقه في الجهة بان قال
لي عليك الف درهم من ثمن متاع بعته وقبضته مني والمقر يقول لم اقبض مفصولا عن اقراره كان
ابو يوسف رحمه الله يقول اولا بانه لا يصدق كما لو كذبه في الجهة ثم رجع وقال يصدق وصل
ام فصل وبه قال محمد رحمه الله وابو يوسف ومحمد ذهبا في ذلك الى ان قوله الا اني لم اقبض بعد تصديق
المقر له في الجهة بيان محتمل فيصدق وصل ام فصل بيانا على ما لو قال لك علي الف درهم ثمن هذا المتاع
الذي في يدك الا اني لم اقبض فانه يصدق وصل ام فصل وانما قلنا انه بيان محتمل لان البيع تارة
يقتضي دينا وتارة يقتضي نقدا فبقي اثر القبض محتملا لانه لم يصرح بالقبض لا نصا ولا دلالة ظاهرة ولا اقتضاء لانه لو حمل هذا
بالقبض اقتضاء اما ان يحمل مقتضى اقراره بالبيع ولا وجه اليه لان البيع صحيح وينعقد الحكم من غير قبض
واما ان يحمل مقتضى اقراره بوجوب الالف ولا وجه اليه لان الالف يجب في ذمة المشتري بنفس العقد
من غير قبض فلما لم يثبت قبضا بقي اثر القبض محتملا فيفتقر الى البيان فيصدق في بيان المجمل وصل ام فصل
قال واتفقا الطالب في السبب اي صدق المقر له المقر في الجهة وهي البيع وبه لا يتأكد الوجوب اي
وجوبه السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع على شرف
الزوال لانه عسى يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري ثم المدعي وهو المقر له يدعي قبض
المقر وهو ينكر كان القول قول المنكر مع اليمين لان صدر كلامه للوجوب مطلقا على ما ذكر من قوله
رجوعا الى الكفالة على ما احتج بحمل انتفاه اي انتفاء الوجوب وذكر في المبسوط وان لم يذكر في السبب فهو بيان
مغير لمقتضى مطلق كلامه لان مقتضى اول الكلام ان يكون مطالبا بالمال في الحال ولكن على احتمال ان لا يكون
مطالبا

مطالبا به حتى يحضر المتاع فكان بيانه مغيرا الى هذا النوع من الاحتمال فبيان التغيير صحيح اذا كان موصولا
ولا يكون صحيحا اذا كان مفصولا فالقول قوله بالاجماع لانه لم يقر على نفسه بالوجوب لا نصا ولا ظاهرا
لانه لم يقل لفلان علي ولا بمقتضى اقراره بالشراء اذ ليس من ضرورة الشراء وجوب الثمن على المشتري فان
الشراء اذا كان بشرط الخيار للمشتري لا يجب الثمن عليه فتأخير المطالبة انما يتصور بعد الثبوت واما
فيما تقدم فقد اقر بالوجوب وادعى تأخير المطالبة فلا يكون القول له ولذلك لو قال من ثمن خمر او خنزير
يعني لو قال لفلان علي من ثمن خمر او خنزير او من ثمن حر او ميتة او دم ان صدقه الطالب في ذلك لا يلزمه
شيء لتوافقهما جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع خمرا او خنزيرا او حرا بالف
درهم لم يكن عليه شيء كذلك هاهنا واما اذا كذبه في ذلك فقال لي عليك الف درهم من ثمن متاع
بعته وقال المقر لا بل من ثمن خمر فان على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصدق وصل ام فصل ويلزمه
الف درهم لانه اقر بوجوب الف درهم ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لم يكن واجبا على
المسلم فكان راجعا عما اقر به كما لو قال علي الف درهم من ثمن متاع باعنيه الا اني لم اقبضه فانه
لا يصدق في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل كما لو قال
لفلان علي الف درهم من ثمن متاع عينه الا اني لم اقبضه وكذبه الطالب في الجهة وذلك لان الخمر
مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على
هذه العادة فكان اخر كلامه بيانا مغيرا هو من محتملات كلامه ولكن فيه تغيير فيصح موصولا لا
لو قال لفلان علي الف درهم حرام او قال ربوا لزمه كاملا لاني لا ادري لعل الحرام عنده حلال
جائز عند غيره ولعل الربو عنده ليس بربو ولو قال علي الف درهم زورا او باطلا ان صدقه فلا شيء
عليه وان كذبه لزمه المال والاقرار بالبيع يجيء على هذا التفصيل كذا في المبسوط والذخيرة
وكذلك التعليق فهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب المال لا يصح واما
قوله ان شاء الله فصيغته التعليق فالارسال والتعليق كل واحد متعارف بين اهل اللسان
فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام مع صيغة
التعليق لا يلزمه حكم الارسال كذا في اصول الفقه لشمس الائمة رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا قال
الا انها ستوقة او رصاص وهذا الذي ذكره في قول ابي يوسف رحمه الله احدى الروايتين عنه لانه اذا
قال لفلان علي الف درهم من ثمن شيء الا انه ستوقة او رصاص لا يصدق عند ابي حنيفة رحمه الله وصل
او فصل كما في الربو فظاهر بل اولى لان الزيوف من جنس الدراهم والستوقة لا وعن ابي يوسف
رحمه الله روايتان في رواية لا يصدق وصل ام فصل لانه يدعي فساد العقد لان اسم الدراهم لا يتناولها
وفي رواية انه يصدق اذا وصل وهو قول محمد رحمه الله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله
والتمرتاشي رحمه الله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف حقيقة لانه من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء
في الصرف والسلم ولا يصير استبدالا فكان اخر كلامه بيانا ولكن فيه تغيير لما اقتضاه اول الكلام
من حيث ان البياعات لان بياعات الناس تكون بالجياد دون الزيوف والستوقة مجاز لان الستوقة
تسمى دراهم مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان فيه تغيير فيصح موصولا ولابي حنيفة رحمه الله
ان هذا رجوع لان مقتضى العقد يقتضي السلامة عن العيب لان البيع يوجب السلامة اي سلامة
البدل المستحق به عن العيب فيصير دعوى الزيافة من المشتري دعوى امر عارض يخالف موجب
العقد فلا يصح كما لو ادعى البائع البراءة عن عيب المبيع وانكر المشتري دعواه البراءة عن موجب البيع فلا
يصدق كما اذا قال بعت هذه الجارية على انها معيبة وانكر المشتري شرط العيب فان القول
قول المشتري كذا في الاسرار وعنه وحاصل اختلافهم راجع الى ان الدراهم الزيوف هل هي داخلة
في اسم الدراهم المطلق ام لا فرجح ابو حنيفة رحمه الله جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم
الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما اقر اولا بمطلق الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق
اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم المجملة بيان تغيير كما
في الشرط والاستثناء بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان في قوله الا انها
زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في ذمته فان الاستثناء عبارة عن التكلم بما بقي بعد

[illegible]

نعم الثنيا في ذمته من الدراهم الزيوف فكانت الدراهم الجيدة مستثنى لا محالة كما في قوله لفلان
علي الف درهم الا مائة والثنيا في نعم الثنيا تسعمائة فكانت المائة مستثنى الا ان هناك المستثنى قدر
وهو المائة وها هنا المستثنى وصف شامل على كل المستثنى منه وهو الجودة فلذلك لم يقع هو زوده
المستثنى والمستثنى منه على ان ذلك ولكن فيما ذكرنا من معنى الاستثناء وهو التكلم بالباقي بعد الثنيا
لسوى بان **فان قلت** ما عداه الى يوسف ومحمد رحمهما الله عن اجماعهم بان استثناء الوصف
لا يجوز كاستثناء البناء في الدار والجودة والرداءة وصف لا محالة واستثناء الوصف لا يجوز بالاجماع
فكيف صح هاهنا استثناء الزيافة عن الدراهم **قلت** صح ذلك من حيث المعنى فان ذلك من حيث
المعنى عين ليس بوصف لان قوله لفلان علي الف درهم من ثمن متاع الا انها زيوف صار بمنزلة قوله الا انها
نقد بلد كذا او نقد ذلك البلد زيوف هذا البلد وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا
في معناه فينبغي ان يصح لان قوله الا انها زيوف وقوله الا انها نقد بلد آخر واحد فكان بيانا
محتملا فان ابتدا العقد به جائز فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله في الحنطة الا انها
ردية الى هذا اشار في الاسرار والفوائد الظهيرية لان الرداءة نوع لا عيب **فان قلت** هذا
دعوى سادج من غير برهان فما الدليل على ان الزيافة عيب او وصف والرداءة ليست بعيب او ليست
بوصف وفي الوصفية كلتاهما سواء فانه كما يقال درهم زيف فكذلك يقال حنطة ردية
وكذلك في معنى العيب فانهما يشتركان فانه كما يرد الدراهم بالزيافة اذا باع عينا بمطلق الدراهم
وكذلك الحنطة ترد بعيب الرداءة اذا لم يشترط الرداءة في البيع **قلت** لعمري ما قلت
وكنت في غمة من هذا زمانا والتبس سهمه في هذا احيانا الى ان وجدت الفرق بينهما على ما ذكر في
الكتاب بحكم شرعي في الاسرار وبمعنى معقول في المبسوط فقال في تعليل قول ابي حنيفة رحمه الله بخلاف
قوله علي كر حنطة الا انها ردية لان الرداءة في الحنطة ذكر نوع لا ذكر عيب الا ترى انه لو قال بعتك
هذه الحنطة واشار اليها والمشتري كان راها فوجدها ردية ولم يكن علم بها لم يكن له خيار الرد
بالعيب ولو قال بعتك هذه الدراهم واشار اليها وهي زيوف استحق مثلها جيادا فالزيافة فيها يعلم بهذا
ان الزيافة عيب فكانت بمنزلة ما لو قال بعتك هذه الجارية وهي معيبة فان المشتري يستحقها غير معيبة
وفي المبسوط ولهذا لو قال له علي كر حنطة من ثمن بيع او قرض ثم قال هو ردي فالقول قوله وذلك وصل
ام فصل لان الرداءة في الحنطة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة والحنطة
قد تكون ردية في اصل الخلقة فهو في معنى بيان النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع
ولهذا لا يصح الشرا بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او ردية او وسط فليس في بيانه تغيير موجب
اول كلامه فصح موصولا كان او مفصولا والرداءة ليست بعيب وان كان الجيد افضل في المالية لزيادة
الرغبة فيه ولكن تلك الزيادة لا يصير مستحقا بمطلق التسمية وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية
الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني في القرض لان المستقرض انما يصير مضمونا على
المستقرض بالقبض فهو بمنزلة الغصب وفيه يصدق بالاجماع يعني اذا وصل لان صفة الجودة انما
يصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا يصير صفة الجودة
مستحقة عليه وهذا لانا لو حملنا مطلق اقراره على جهة التجارة لم يصح قوله الا انها زيوف
ولو حملناه على جهة اخرى يصح منه ذلك فحمل كلامه على الوجه الذي يصح اولى وفصل لا يصدق اي
على قول ابي حنيفة رحمه الله ينصرف الى العقود لتعينها حينئذ كان مطلق اقراره بالدين
بقوله له علي الف درهم زيوف وما لو بين سبب التجارة بقوله لفلان علي الف درهم من ثمن عبد
الا انها زيوف او نبهرجة سوا فانه لا يصدق في دعواه الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة
رحمه الله هذا كله من المبسوط وحاصل من هذا كله ان حصر هذه المسايل لم يخل من اربعة
اوجه فانه اذا اقر بوجوب الدين عليه اما ان يذكر به سبب الوجوب او لا فان ذكر سبب الوجوب
فهو على ثلاثة اوجه لانه اما ان يكون من بيع او قرض او غصب او لم يذكر سبب الوجوب بل اطلق
بقوله لفلان علي الف درهم زيوف فحكم الكل مذكور في الكتاب لان الستوقة ليست من جنس الدراهم
حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم فكان في هذا البيان تغييرا لما اقتضاه

اول

وابطال حق الورثة **قلت** ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما
وجودا فيضاف الى الموت الا ترى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت ولحد المشهود له المال لم يضمنا
شيا فاما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار كذا في الاسرار والمبسوط ولهذا امتنع من التبرع والمحاباة ففي هذا جواب عن
ما ادعاه الشافعي رحمه الله من استوا حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في
حال المرض كما لا يمنع عنهما في حالة الصحة وان استغرق الديون جميع امواله الا بقدر الثلث اي فيما اذا لم يكن
عليه دين واما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه كما ذكرنا لانه من الحوائج
الاصلية لان ابقا النفس من الحوائج الاصلية وليس له طريق الى ذلك الا بالتناسل وطريقه النكاح والمرء عاجز
عن منع صرف ماله الى الحوائج الاصلية وليس له طريق الى ذلك وان كان ثمه دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية
والاغذية **فان قيل** لو تزوج وهو لا يحتاج بسبب ان له نسا وجواري وهو شيخ كبير لا يولد له عادة او تزوج
امة وهي تشارك غرما الصحة مع ان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه كالمعرلة رحاتها النسل ولا
احتاج قضا المهور **قلنا** النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان
الحال مما لا يوقف عليها ليبنى الامر عليها الى هنا اشار في الاسرار لان حق الغرما يتعلق بالمالية لا بالصورة
والمالية باقية وان فاتت الصورة وهذه حالة الحجر اي حالة المرض وحالتا المرض واحدة اي حالة اول
المرض وحالة اخر المرض بعد ان يتصل بهما الموت حالة واحدة هذا جواب لسوال مقدر يرد على قوله لان
غرما الصحة تعلق حقهم بهذا المال بان يقال لو كان تعلق الدين المقدم مانعا عن الاقرار بدين اخر ينبغي ان لا
يصح اقرار المريض بالدين ثانيا بعدما اقر اولا في حال المرض لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في حالة
المرض اذا كان له غرما الصحة لتعلق حق غرما الصحة بماله فاجاب عنه وقال ليس كذلك لان الاقرارين
في حالة المرض بمنزلة اقرار واحد لكون احوال المرض بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر كما ان احوال الصحة كلها
بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق اما حالة الصحة مع حالة المرض فمختلفان باختلاف صفتهما من الاطلاق
والحجر فلذلك صار تعلق حق الغرما اي غرما الصحة مانعا عن صحة اقرار في حالة المرض وعلم وجوبه بغير
اقرار بان ثبت وجوبه بمعاينة القاضي او بالبينة لا يقدم احدهما على الاخر لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج
الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما دون البعض اي لا يجوز قضا
دين بعض الغرما الذي لم يدخل بدل ذلك الدين في ملك المريض حال مرضه اما اذا دخل فيجوز على ما يجي وذكر
في المبسوط ولو قضى بعض غرما الصحة دينه ثم مات لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرما بالحصص
عندنا وقال الشافعي رحمه الله المقبوض سالم للقابض فهو بنا على اصله ان سبب المهر الذي الحجر عن السعي في
فكاك رقبته وقضا الدين سعي منه في فكاك رقبته فكان فعله في المرض والصحة سوا وهذا لانه ناظر لنفسه
في الصنيع فانه قضى دين من كان حاجته اظهر ومن خاف ان لا يسامحه بالابرا بعد موته بل يخاصمه في الاخرة
فرفه بل وجه النظر منه لنفسه يكون صحيحا فلا يرد ولنا ان حق الغرما تعلق بماله بالمرض وهو بقضا دين
بعضهم مبطل حق سائر الغرما فما دام نفعه الى هنا وهو لا يملك ابطال حق الغرما عن شي مما تعلق به حقهم كما لو وهب
شيا وغرما الصحة والمرض في ذلك سوا اي وغرما الصحة وغرما المرض الذين كانوا غرما في المعروفة
الاسباب سوا في عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضا الدين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه الى اخره هذا
استثنا من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما وقوله في مرضه متعلق به لفعلين جميعا اعني قضى
واستقرض يعني الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذلك قوله او نقد ثمن ما اشترى في مرضه اي
نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه اي فحينئذ يجوز للمريض ان يخص المقرض والبائع بقضا دينهما دون غيرهما
فليس لغيرهما ان يشاركهما فيما قضى لتمام الدين وانما كان هكذا لان حق الغرما متعلق بمالية التركة لا التركة
فان المريض لو اخرج عن ملكه ما قضى به دينهما فقد ادخل بدله ما يعادله فلا يكون ابطالا لحق الغرما بل يكون
نقلا من محل الى محل وذكر في الايضاح بعدما ذكر ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرما دون البعض قال
الا ان يكون استقرض في مرضه الفا وقبضه او اشترى شيا بمثل قيمته وقبضه ثم قضى القرض ونقد ثمن ما اشترى
فان ذلك يجوز على الغرما اذا علم بسببه لان هذا ليس بايثار وانما ابطال الحق لانه يحصل له مثل ما نقد وحق
الغرما يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصل له مثله معنى لم يعد ذلك تفويتا وذكر في المبسوط
ولو قضى دين هذا الذي اخذ منه في المرض كان جايزا وهو له دون غرما الصحة لانه تحول لحق الغرما من محل

[illegible]

باب اقرار المريض

[illegible]

اصحابه

المحل بعد له وليس في هذا ابطال حقهم عن شي وكان مباشرته في حالة الصحة والمرض سوا ارايت لو رد ما
استقرض بعينه او فسخ البيع ورد المبيع بعيب اكان يمتنع سلامته للمرد ود عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك
وكذلك اذا ادى بدله لان حكم البدل حكم المبدل فعلم بهذا كله ان تعميم عدم الجواز في قوله ولا يجوز للمريض
ان يقضي دين بعض الغرماء فيما اذا لم يدخل في ملك المريض ما يعادل الذي قضى به دين بعض الغرماء في مرضه
حتى يتحول حق الغرماء اليه اما اذا دخل ما يعادله فيجوز لتحول حقهم اليه وذكر في الذخيرة ما وضح من هذا فقال
فان قضى المريض ديون هولاء هل لغرماء الصحة ان يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبايع
ويشاركون المراة والاجر لان المريض بقضاء دين المقرض والبايع لم يبطل على غرماء الصحة لما ذكرنا ان
حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في اعيانها وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم ولهذا
النقل الا ترى انه لو باع ماله ليوفي حقهم كان له ذلك واما النكاح والاجارة بقضاء المهر والاجر ابطال
حق غرماء الصحة عن عين المال وما ليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجوده
العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليس له ولاية الابطال لان الاقرار في ذاته صحيح لان اقرار
المقر محمول على الصدق في حقه حتى يكون حجة عليه فاما في حق الغير فهو محمول على الكذب لكونه متهما في حق الغير
كذا في المبسوط وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لما ذكرنا وان اقر بكل ما له وقال اصحابنا رحمهم الله
القياس ان لا يجوز اقراره الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة الا ترى
انه لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث وكذا الاقرار وجه الاستحسان انه لا ينفذ الا فيه واستحسنوا القياس
ونفذوا الاقرار في الكل لاثر جا عن عمر رضي الله عنه وكان الفقه فيه ان الثلث لما جعل محل تصرفه نفذ
الاقرار في الثلث فكان له حق التصرف في الثلث الباقي لان محل الوصية الثلث بعد الدين فنفذ الاقرار ايضا
هذا الثلث الثاني لا يزال يصح الى ان ياتي الاقرار على الجميع كذا في الايضاح وهذه المسألة بهذا التعليل
تحكى في الكتاب بعيد هذا **فان قلت** هذا الفقه الذي ذكره في الايضاح في حق اقرار المريض بجميع المال
في حق جواز الاقرار بجميع المال وارادا ايضا في الوصية بجميع المال فينبغي ان تجوز وصيته بجميع المال اذا لم يكن
عليه دين بهذا الطريق الذي ذكر لان المريض كان له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة
فلما صح تصرفه في ثلث ما له كان له حق التصرف ايضا في الثلث الباقي لما ان جميع ما له بعد الثلث الخارج
حال كانه هو كل لا ابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي الكل **قلت**
نعم لذلك الا ان بين الاقرار والوصية فرقا في اصله وهو ان الوصية بالمال انشاء تبرع محض من المالك
وتبرعه مقصور على الثلث بالشرع واما الاقرار فهو اخبار في نفسه ليس بانشاء تبرع الا انه حصل تبرعا
في حق غرماء الصحة لئلا يبطل حقهم الثابت شرعا من كل وجه ولما كان هو اخبارا في نفسه كان الظاهر
من حال العاقل انه لا يكذب في اخباره فاخذنا به اذا لم يتضمن ابطال حق غرماء الصحة فصار هو كالوكيل
بالبيع اذا عزله فقال كنت بعته لم يصدق اذا كان اخباره بعد العزل ويصدق اذا كان اخباره بالبيع قبل
العزل لان اخبار العاقل يحمل على الصدق في اصله اذا لم يتضمن ابطال حق الغير فكان اقراره بجميع المال
اخر عند وجود غرماء الصحة بمنزلة اقرار الوكيل بالبيع بعد العزل من حيث يتضمن اخباره ابطال حق الغير
فلا يصح عند وجود غرماء الصحة بمنزلة اقرار الوكيل الى هذا اشار في الاسرار ولان قضاء الدين من الحوائج
الاصلية اذ فيه رفع الحايل بينه وبين الجنة قال عليه الصلوة والسلام الدين حايل بينه وبين الجنة
واذا اقر المريض لوارثه لا يصح وهو باطلاقه يتناول العين والدين وقال الشافعي رحمه الله يصح بناء على
اصله ان الحجر بسبب المرض لحق المتبرع عما زاد على الثلث مع الاجنبي وعن المتبرع بشي مع الوارث ولا حجر
عليه فيما يرجع الى السعي في فكاك رقبته فكان اقراره في الصحة والمرض سوا كذا في المبسوط وبودعيه
مستهلكة للوارث اي اقر باستهلاك وديعة معينة للوارث فانه صحيح والجواب عنه انا لو لم نعتبر اقراره
بصيرا انه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان الوديعة كونها معينة للوارث يندفع
التهمة وذكر في مجمع الجامع الكبير صورته فقال رجل اودع اباه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه
معاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك ساير الورثة فكان اقرار المريض
جايز والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا حلال فيه ولا تهمة فيه
الا ترى انا اذا لم نثبته فانت وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا في المبسوط وحمنا في ذلك

قوله

قوله عليه الصلوة والسلام الا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين الا ان هذه الزيادة شاذة
غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اراد به ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل
بدين في مرضه لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه
الورثة وبه اخذ علماونا رحمهم الله وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان في تخصيص البعض
به ابطال حق الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالاقرار بوارث اخر وهو
صحيح بالاتفاق فينبغي ان يصح هذا الاقرار ايضا وقد ذكرناه وجوابه عن قريب فان اقر لاجنبية ثم تزوجها
لم يبطل اقراره لها هذا الاطلاق من غير ذكر الخلاف فيما اذا كان المقر صحيحا اما اذا اقر المريض لاجنبية
ثم تزوجها ثم مات بقي اقراره صحيحا عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان عنده يبطل الاقرار ذكره في قضايا
الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية
فان قلت يشكل هذا بما اقر المريض لاخيه وللمقر ابن فمات الابن قبله ثم مات فان اقراره للاخ باطل
وان كانت الزوجية هاهنا مقتصرة على زمان التزوج يجب ان تكون الوراثة في تلك المسألة مقتصرة
على زمان موت الابن حتى يبقى اقراره لغير الوارث كما كان كذلك وقت الاقرار لغير الوارث صحيح فما الفرق
بينهما حيث اعتبر وقت الاقرار هاهنا ولم يعتبر هناك مع ان كل واحد منهما غير وارث وقت الاقرار
قلت ان الحجة عن الاقرار ثبت بالمرض لوارث المقر له فان الاقرار للاجنبي صحيح بجميع ماله اذا لم
يكن عليه دين كما يصح ذلك من الصحيح فاذا وجد الاقرار قبل سبب الارث وهو وجد قبل وجود احد وصفي
علة الحجر فلا يثبت فيه حكم الحجر بوجود الوصف بعد ثم كما اذا اقر للوارث في صحته ثم مرض بخلاف الاقرار
للاخ لانه وارث بالاخوة الا انه محجوب بالابن واذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بالسبب الموجود حين
الاقرار فيستند الحجر اليه فاما هاهنا فالارث بسبب بعد الاقرار فلا يمكن اسناد الحجر الى ما قبل العلة كذا
في الاسرار وحاصل جنس هذه المسائل على خمسة اوجه اما ان كان المقر له وارثا للمقر بطريق الاستمرار من وقت
الاقرار الى وقت الموت او لم يكن وارثا بطريق الاستمرار او كان وارثا وقت الاستمرار لا وقت الاقرار وفي الوجه
الثاني لا يبطل وهما ظاهران اما الوجه الثالث وهو ما اذا كان وارثا وقت الاقرار دون الموت بان
اقر المريض لاخيه ثم ولد له ابن او كان ابنه كافرا او رقيقا فاسلم وعتق وصار هو الوارث دون الاخ
جاز اقراره لان المانع من صحة الاقرار كونه وارثا والوراثة انما تثبت عند الموت فاذا لم يكن من ورثته
عند الموت كان هو والاجانب سواء واما عكسه فهو ان لا يكون وارثا عند الاقرار ثم صار وارثا عند
الموت بان اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره له عندنا وقال
زفر رحمه الله اقراره له صحيح وقد ذكرناه لان الاقرار موجب للحق بنفسه وانما ينظر الى حال الاقرار وقد
حصل لمن ليس بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثا وقت الموت كما لو اقر له في صحته ثم مرض باطل وكما
لو اقر لاجنبية ثم تزوجها ولنا انه وارث بسبب كان قائما وقت الاقرار فيتبين ان اقراره حصل
لوارثه وذلك باطل وهذا لان الحكم مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائما وقت الاقرار يتبين صفة
الوراثة للمقر له من ذلك الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت وارثة بسبب حادث وقت
الاقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يتبين ان الاقرار حين حصل كان للوارث وبخلاف ما لو اقر في الصحة ثم
مرض لان المرض حادث بعد الاقرار فالحجر بسببه لا يستند الى وقت الاقرار واما الوجه الخامس فهو ان يكون
وارثا في الوقتين اي وقت الاقرار ووقت الموت لا فيما بينهما بان اقر لامراته ثم ابانها وانقضت عدتها
ثم تزوجها ثم مات او كان والى رجلا فاقر له بعد ما مرض ثم فسخا الولاء ثم عقدا ثانيا ثم مات
من مرضه والاقرار باطل في قول ابي يوسف رحمه الله وجائز في قول محمد رحمه الله وجه قول محمد رحمه
الله وهو القياس هو انه انما ورث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يورث ذلك في ابطال الاقرار كما لو اقر لها
بعد انقضاء العدة ثم تزوجها ثانيا لان العقد الثاني متجدد وهو غير الاول فلا اثر له في ابطال الاقرار
وهو كما اذا اقر لها حالة في مرض موته ثم صح ثم مرض ومات وجه قول ابي يوسف رحمه الله وهو
وهو الاستحسان ان الاقرار حصل للوارث وثبت له هذه الصفة عند الموت فكان الاقرار باطلا
كالولد يطلقها ولم يفسخا عقد الولاء وهذا لان الاقرار للوارث انما لا يصح لمكان تهمة الايثار فاذا كان
سبب الوراثة موجودا وقت الاقرار كانت هذه التهمة متمكنة والعقد المتجدد قايم مقام الاول في تقرير



صحة الوراثة عند الموت فيجعل كان الاول قائم بحاله بخلاف ما اذا تعذرت صحة الوراثة بعد الاقرار
عن متعذر ره مرة فصح الاقرار مطلقا كذا في المبسوط والذخيرة **فصل** وقدم الاقرار بالمال
لكثرة وجوبه على الاقرار بالنسب لقلته وصدقه الغلام اي فيما اذا كان الغلام يعبر عن نفسه واما
اذا كان لا يعبر عن نفسه فيثبت نسبه وان لم يصدقه لما مر في كتاب الدعوى وحاصله ان من اقر
بالولد فيشترط لصحته ثلاث شرائط ان يكون المقر له يولد لمثله وان لا يكون المقر له ثابت النسب
من الغير وان يصدق المقر له المقر في اقراره اذا كان له عبارة صحيحة وكذلك يشترط هذه الشرائط
الثلاث في صحة الاقرار بالوالد الا ان يكون لا يعتبر ثابت النسب من الغير مكان المقر له تلك الصفة
هناك ويذكر شرائط الاقرار بالمراة والمولى لان النسب مما يلزمه اي ليس فيه حمل النسب على الغير
بل هو حق بلا مخاصمة فيقبل اقراره كذا في شرح الاقطع بخلاف الصغير على ما مر من قبل اي في باب
دعوى النسب من كتاب الدعوى في قوله وان كان الصبي في ايديهما والمراد منه اذا كان صبيا لا يعبر
عن نفسه اما اذا عبر فالتصديق اليه ويجوز اقرار الرجل بالوالدين الى اخره اعلم ان هذا الذي
ذكره هنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين يوافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح
الفرائض للامام سراج الدين المصنف ويخالفه لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير
للامام المحبوبي رحمه الله وغيرها والله اعلم بصحته وذكر في التحفة واما الاقرار بالوارث من المريض
او من الصحيح نوعان في حق النسب وفي حق الميراث اما في النسب فمن الرجل يصح لخمسة نفر بالوالدين
وبالولد وبالزوجة وبالولاء ومن المراة يصح باربعة بالوالدين وبالزوج وبالولاء دون الولد لان
فيه تحميل النسب على الغير وذكر في المبسوط ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمراة ومولى
العتاقة ولا يصح اقرارها بالولد والاصل فيه ان اقرار الرجل على نفسه صحيح وعلى غيره ليس بصحيح
فالرجل في الاقرار بالاب يلزم نفسه الانتساب اليه لانه يجب على الولد ان ينتسب الى ابيه شرعا قال
عليه الصلوة والسلام من انتسب الى غير ابيه او انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس
اجمعين لا يقبل الله تعالى منه صرفا ولا عدلا وكذلك اذا اقر بمولى العتاقة فانما اقر على نفسه لوجوب
الانتساب الى المولى وكذلك اذا اقر بالمراة فانه يقر لها على نفسه بحقوق النكاح وكذلك اذا اقر بالابن
فانما يقر على نفسه لان الاب يحمل نسب الولد على نفسه وكذلك اذا اقر بولاء العتاقة الاسفل لان الولاء
بمنزلة النسب فاذا كان يحمله على نفسه كان مقبول القول في ذلك اذا صدقه صاحبه في جميع هذه الفصول
الا في الولد اذا كان صغيرا في يده او كان مملوكا له لا يحتاج الى التصديق وكذلك المراة في حق الثلاثة
لان الانوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها وسواء كان هذا الاقرار في صحة او مرض لان حالة المرض
انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فيما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة
كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة
فان قلت ما معنى ثبت النسب من الاب اي نسب الولد منه دون الام مع ان الولد ولدهما
وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة او الخمسة الذين
دون من سواهم مع ان الرجل اذا اقر بالاخ بعد موت ابيه يعامل به من ثبت نسبه حتى شاركه في تركة ابيه
على ما ذكر في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته ذكره في المحيط والذخيرة **قلت**
اما الاول فانما نسب الولد الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن حيث اضاف الولد الى الاب بلام التمليك وكذلك اختص الاب بالنسب وعليه انعقاد الاجماع
حيث اجمعوا على صحة خلافة اولاد الخلفاء من الاماء مع هذا ان الولد منسوب الى الاب لا الى الام وبه
قال الشاعر واما امهات الناس اوعية واما الاختصاص فائدة ثبوت نسبه من الاب هي صحة اقرار
الاب بالابن ووجوب نفقته على الاب على جهة الاختصاص حتى لا يشاركه فيه احد كما لا يشاركه
احد في نسبه واما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة هي ثبوته على طريق العموم لا على
طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر تقريرا لصحة اقراره حتى انه
اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث
من اب المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لانه واما في ما سوى الاربعة لما لا يصح اقرار

المقر

المقر به ظهر اثره في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ
وله ورثة سواه يجحدون اخوته ثم مات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث الاب ولا اب المقر
وامه بخلاف من صح اقراره في حقه على ما ذكرنا والثاني في صحة رجوع المقر عما اقر في حق من سوى الاربعة
وعدم صحته في حق الاربعة فان من اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عن ما اقر يصح حتى انه
لو اوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار باخ كان المال كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره
بالاخ وقع باطلا فصح رجوعه عن ما اقر ولكن عند عدم المزاحم واما اخذ الاخ المقر له تركته لا باعتبار
صحة الاقرار بالنسب بل صار ذلك بمنزلة الموصى له بجميع المال او باعتبار ان اقراره حجة في حق نفسه
لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر حال حيوته الى هذا اشار في الذخيرة
والجامع الصغير للامام المحبوبي ثم الاقرار بالمراة يصح اذا صدقته المراة واذا كانت خالية عن الزوج
وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها والاقرار بالمولى يصح والمراد بالمولى مولى العتاقة
سواء اراد بالمولى المعتق على صيغة اسم الفاعل او المعتق على صيغة اسم المفعول فان الاقرار بكل واحد
منهما يصح هذا ايضا انما يصح اذا صدقه المقر له وان لا يكون ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة
النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك في الولاء الى هذا اشار في الذخيرة
وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى اي في اقرار المراة بالولد تفصيلا وهو ان اقرارها
بالولد انما لا يصح اذا كانت المراة ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب
منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وتفصيل اخر هو ان شهادة القابلة انما يشترط
اذا ادعت المراة نسب الولد من زوجها وزوجها ينكر واما اذا ادعت انه ابنها منه وصدقها
زوجها وان لم تشهد قابلة بذلك وكذا تصديق الزوجة اي لو اقر الرجل بان هذه المراة زوجته
ثم مات تصدقته المراة بعد موته جاز تصديقها بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة لان العدة
واجبة بعد الموت فانها اثر من اثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح ولم يكن له
ان يغسلها بعد موتها فلذلك جاز تصديقها لبقاء النكاح من وجه واما في عكسه بان اقرت المراة بالزوج
ثم صدقها الرجل بعد موتها فلم يصح في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التصديق
جائز لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والشيء المنتهي متقرر في نفسه فيصح التصديق وهذا
لان التصديق وجد والاقرار قائم لان التكذيب من المقر له لم يوجد والمقر به وهو النكاح يبقى
بعد موتها في حق الميراث لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا ثبت باقرارها يبقى بعد موتها في حق الميراث
ايضا وهو معنى قولنا ان التصديق قد وجد والمقر به قائم فكان الاقرار قائما فيعمل تصديقه وعند
ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكمه يثبت بعد الموت والنكاح
انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت فاما في المستقبل فالنكاح معدوم ثم صحة الاقرار صحيحا الاثبات
للارث ابدا فيكون التصديق واقعا في شيء هو للحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وهذا لا يجوز
فان قلت اذا اقر رجل لرجل بعبد ثم مات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه
المقر له استحق الكسب والارث في مسالتنا كذلك **قلت** ان الكسب يبقى ملكا من الاسيد المالك
الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان
الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المراة على سبيل الخلافة
عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار فالمستحق عليها بالنكاح بعد موتها فبقي تصديقه بعد ذلك
دعوى ارث مبتدا كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما ومن اقر بنسب من غير الوالدين الى قوله لا يقبل
اقراره وذكر في التحفة لابد فيه من البينة وقوله فان كان له وارث معروف بالقرب او بعد من له لا يقبل
اقراره في النسب ولا في غيره لان هذا حجة ذلك وصورة ذلك ان الرجل اذا اقر في مرضه باخ له
من ابيه وامه او بابن ابن له ثم مات وله عمة او خالة او مولى موالاة فالميراث للعمة او الخالة او المولى
لا للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف ولو لم يكن له وارث
من القرابة وغيرها كان ما له لهذا المقر له لانه اقر له بشيئين بالنسب واستحقاق ماله بعده وهو في
النسب مقر على غيره وفي استحقاق المال انما يقر على نفسه فيعتبر اقراره في ذلك وذلك لانه غير متهم

وفي ذلك الاقرار فيما يرجع الى المال لانه يملك اجابته له بطريق الوصية ابتداء فلهذا يعتبر اقراره بانهما
المال كذا في المبسوط وللاخ خمسون يعني كان للاخ ان ياخذ الخمسين من الغريم بعد ما يحلف بالله ما
تعلم ان اباك قبض منه المائة ثم الاخ الساكت انما ياخذ الخمسين من الغريم لان اقرار الاخ المقر انما
يرجع الى نصيب نفسه خاصة تصحيحا لكلامه كما لو كان بين اثنين باع احدهما نصيبه وكذلك لو اوصى بنصف
الدار لثالث ينصرف الى كل نصيبه وقوله فلا شيء للمقر لانه لما كان اقراره منصرفا الى نصيبه فلا يكون
له بعد ذلك منه شيء او لان الاقرار بالقبض كالاقرار بالدين للغريم فان الديون تقضى بامثالها فيجب
للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه ثم يصير قصاصا ولما انصرف ما اقر به احد
الابنين على ابيه الى نصيبه خاصة لم يبق له شيء ونصيب الاخر على حاله لانكاره قبض الاب كذا ذكره
الامام التمرتاشي والمحبوبي رحمهما الله **فان قلت** لما جعل اقرار المقر هاهنا بمنزلة قبض نصف
الدين على ما ذكر في الكتاب بقوله لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون والمقبوض نصف الدين
لان اباه قبض خمسين في زعمه من المائة يجب ان يكون المقبوض والباقي مشتركا بينهما لما يلزم من قسمة
الدين على القبض الا ترى ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما نصيبه او شيئا منه كان
المقبوض والباقي مشتركا بينهما فهذا **قلت** هناك كون المقبوض مشتركا بينهما لا باعتبار ذلك
بل باعتبار ان المقبوض ازداد في مالية نفسه اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه
الزيادة راجعة الى اصل الحق فصار كزيادة الثمرة والولد على ما يجيء في كتاب الصلح ان شاء الله
تعالى واما هاهنا لم تزدد مالية المقبوض بل تلفت ماليته بحيث لم يبق للمقر ولاية مطالبة
الغريم بنصيبه فاقرار كل مقر حجة في نفسه لا في حق غيره فلذلك لم يتعد اقراره الى اخيه
فاذا لم يتعد الى اخيه استغرق الدين نصيبه اي استغرق هلاك الدين نصيب المقر لا غير وذلك
لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين على نفسه لان الديون تقضى بامثالها فصح اقراره في حقه
لا في حق غيره كما لو اقر على ابيه بدين صح اقراره في حصته حتى يلزمه قضاء ذلك من حصته خاصة
فسقط حصته وبقي حصة الاخر كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله كما هو المذهب عندنا
اي خلافا لابن ابي ليلى اي هلاك الدين على المقر بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن
ابي ليلى يشيع في النصيبين اصل المسألة ما ذكره في باب اقرار الوارث بوارث اخر في اقرار الابناء
بقوله قال ابو حنيفة رحمه الله اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فانه يعطيه
المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شائع في النصيبين
فيقبل اقراره في حصته ويبطل ما كان في حصة الاخ فيكون له ثلث ما في يده ونحن نقول ان في
زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق فان المنكر ظالم بما حل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما
بالسوية ولما كان اقرار المقر يرجع الى نصيبه هنا حتى حل بنصيب اخيه المعروف كالهالك
فيكون الباقي بينهما بالسوية ولما كان اقرار المقر يرجع الى نصيبه هناك حتى حل بنصيب اخيه
المعروف كالهالك حصل ما هنا كذلك بان جعل الخمسون الباقي كالهالك حتى لم يشارك المقر
اخاه في ذلك ولم يبق للمقر هاهنا شيء لان زعمه كذلك بحسب رجوع اقراره الى ما في يده بخلاف
الاقرار بالاخ الثالث حيث لم يعتبر هناك بكل ما في يده للاخ الثالث بل بالسوية وذلك انما يكون
عند تنصيف ما في يده انما تصادقا على كون المقبوض مشتركا الخ على كون الخمسين الباقية على
الغريم التي يقبضها الاخ المنكر كانت بين الاخ المقر والمنكر وذلك لان جميع الدين كان مشتركا بينهما
فلذلك كل جزء من اجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا لكن
الاخ الجاحد لما انكر الهلاك حتى لم يورث الهلاك في نصيبه لم يشكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك
وهو الخمسون الباقي فينبغي ان يكون ذلك مشتركا بينهما لكن الجواب هو ما ذكره في الكتاب بانا لو قلنا
ذلك يفضي ذلك الى الدور فلا يفيد الشركة فلذلك لم نقل بها والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الصلح ٥

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار ثم لا حاجة لنا الى بيان محاسن الصلح اذ هو باسمه ومعناه

دال

دال على حسنه الذاتي لان الصلح اسم للمصالحة والتصالح وهما خلاف المخاصمة والتخاصم من لفظه يشتق
الصلاح ضد الفساد والاصلاح ضد الافساد والصلح الذي بمعنى السلم هو ضد الحرب كما ان القبح الذاتي في اضداده
كان الحسن الذاتي في الصلح واشباهه اذ بالضد تتبين الاشياء وكم من فساد يتوجه دفع ذلك الى الصلاح بالصلح
واسع بالفلح والنجح وكثيرا ما يكون مكان الصلح من احمد المحاسن والمناظر ومن اجل معاني الامور والمعالم
قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما الاية ان ما حكي ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب
نبة غلام فهاجت بينهم فتنة فقتل منهم اربعون الفا وامتد التحارب بينهما لما دعة الظاهر الى ان وقع
الصلح فطفئ الهيج الثائرة ولان الصلح في المداينات على نوعين اما على الانكار واما على الاقرار ففي كل منهما
حسن وصلاح ونصح ونجاح لان من طلب الصلح بعد الاقرار بما يدعيه المدعي لا يطلب منه الا الامهال
الى اليسار بالاهلاك او يطلب منه العفو عن الكل او عن البعض بوجه الافضال والفساد في ترك
هذا الصلح ظاهر لانه اذا طالبه بجميع حقه وهو معسر ربما حمله شدة الندم لزوم المطالبة وخوف الحبس
الى ان يؤسر على الانكار ورخص الاقرار خشية هلك حقه كله قبل ان يصل اليه شيء من حقه قلة او جلة واما
ترك الصلح على الانكار فالفساد فيه من وجهين فانه اذا اقام المدعي البينة فالمدعى عليه يكذبها فيكثر العداوة
ويهيج الفتن بين المدعي والمدعى عليه والشهود والقاضي فان المدعي يظن الجور بالقاضي والميل بالرشوة
والى هذا اشار النبي عليه الصلاة والسلام ردوا الخصوم كي يصطلحوا فالصلح على الانكار اظهر
حسنا وصلاحا من الصلح على الاقرار وعن هذا حكي عن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي رحمه الله لم يعمل
الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما عمل من ابطال الصلح على الانكار ثم يحتاج هاهنا
الى بيان الصلح لغة وشرعا وسببه وركنه وشرطه وحكمه وانواعه ودليل جوازه اما اللغة فقد ذكرنا
اسم للمصالحة التي هي المسالمة واما شرعا فعبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي واما سببه
فما هو السبب في سائر المعاملات وهو البقاء المقدور بتعاطيه وقد بينا وجهه في اول البيوع واما ركنه
فالايجاب والقبول الموضوعان للصلح واما شرطه فان يكون المصالح عنه مالا او حقا يجوز الاعتياض
عنه كالقصاص بخلاف ما اذا كان حقا لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس يجوز الصلح
عنه واما قبول الصلح هل هو شرط ذكر انه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين فقال المدعى عليه
صالحني من دعواك على مائة درهم فقال المدعي فعلت لا يتم الصلح ما لم يقل المدعى عليه قبلت
وكذلك اذا وقع الدعوى فيما لا يتعين بالتعيين نحو الدراهم والدنانير وطلب الصلح على جنس اخر واما
اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح منه على ذلك الجنس يتم الصلح بقول المدعي قبلت او فعلت
ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لان هذا طلب اسقاط بعض الحق والاسقاط يتم بالمسقط بخلاف الاول
لان ذلك طلب البيع من عين ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب
بعت واما شرطه على التفصيل فيما الحق هو بعقد من العقود كالبياعات والاجارات فما هو الشرط
المذكور في ذلك العقد شرط في ذلك الصلح الملحق به ايضا على ما يجيء ان شاء الله واما حكمه في جانب البدل
وهو المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعى عليه مقرا او منكرا وفي جانب المبدل وقوع الملك
فيه للمدعى عليه اذا كان مما يحتمل التمليك كالمال اذا كان المدعى عليه مقرا به وان كان مما لا يحتمل التمليك
كالقصاص فكذلك ووقوع البراءة عن دعوى المدعي سواء كان المبدل شيئا يحتمل التمليك او لا يحتمل التمليك
واما انواعه بحسب احوال المدعى عليه فما هو المذكور في الكتاب وهو ثلاثة انواع واما انواعه بحسب
احوال المصالح عليه والمصالح عنه فعلى اربعة انواع على القسمة الاصلية العقلية لانه اما ان يقع عن معلوم
على معلوم بان يدعي المدعي حقا معلوما في دار في يد رجل فصالحه المدعى عليه وانه جائز واما ان يقع
عن مجهول على مجهول وانه على وجهين ان كان لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم بان ادعى حقا في يدي رجل
ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقا في ارض في يدي المدعي ولم يسمه فاصطلحا ان يترك كل واحد منهما دعواه
قبل صاحبه وانه جائز واما اذا كان يحتاج فيه الى التسليم والتسلم بان اصطلحا على ان يدفع احدهما
من عند نفسه مالا ولم يبينه على ان يترك الاخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه فانه لا يجوز واما
ان يقع عن مجهول على معلوم وانه على وجهين ايضا ان كان المصالح عنه بحيث يحتاج الى تسليمه لا يجوز
كما لو ادعى حقا في دار في يدي رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه

للمدعي ما ادعاه وانه لا يجوز وان كان المصالح عنه بحيث يحتاج الى التسليم بان اصطلحا في هذه الصورة على ان
يعطي المدعا عليه مالا معلوما للمدعي ليترك المدعي دعواه فهو جائز واما ان يقع عن معلوم على مجهول وانه على
وجهين ايضا ان كان يحتاج فيه الى التسليم والتسلم لا يجوز وان كان لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم يجوز
والاصل في ذلك ان الجهالة لا تفسد العقد لعينها بل لغيرها وهو المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم
الا ترى انه لو باع قفيزا من صبرة يجوز والمبيع مجهول الا ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة المانعة من
التسليم والتسلم فيجوز واذا ثبت هذا فنقول كل موضع لا يحتاج الى التسليم والتسلم فالجهالة فيه لا تفضي الى
مثل هذه المنازعة فلا تمنع جواز الصلح واصل مشروعيته ثابت بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله
فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما والصلح خير وفي هذا انه بعد به في الحرية واما السنة فما روي ان النبي
عليه الصلوة والسلام صالح اهل مكة عام الحديبية على ان وضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ودخل رسول الله
صلى الله عليه وسلم المسجد فرأى رجلين يتنازعان فقال لاحدهما هل لك الى الشطر هل لك الى الثلثين
فقد دعاهما الى الصلح وما كان يدعوهما الا الى عقد جائز كذا في المبسوط والذخيرة وغيرهما **فان قلت**
لا يصح التمسك بالاية في تعميم الصلح لان الاية سيقت بين الزوجين بدليل سياق الاية وان امرأة خافت
وسوق الاية ثم ذكر الصلح معرفا بلام العهد بعد ذكره منكرا وفي مثله كان المذكور الثاني عين الاول
كما في قوله تعالى فعصى فرعون الرسول وهو معروف **قلت** قال في الاسرار وهو قوله والصلح خير ابتداء
كلام مستقل بذاته ولا يرتبط بسببه وان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل لما بعث فيه من الصلح المرغب
فيه اي صالحوا لان الصلح خير والعلة لا تقتصر على محل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجدت ثبت الحكم والدليل على
ذلك قوله عليه الصلوة والسلام الصلح جائز بين المسلمين اما دعوى العهد فهو غير مسلم في جميع الصور
بل يقع التخلف في مواضع منها قوله تعالى وانزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب الكتاب
الثاني غير الكتاب الاول فلما تعارض بين المعرفين فاولى ان يعتبر فيما نحن فيه **قوله** رحمه
الله الصلح على ثلاثة اضرب وجه الانحصار ظاهر هو ان المدعى عليه عند دعوى المدعي يجيب لدعواه
ام لا يجيب فان اجاب فلا يخلو اما ان يعترف او لا يقر وهو الانكار وان لم يجب وهو السكوت واما الاسوء
السكوت لان السكوت عبارة عن عدم الجواب والعدم لا يتنوع وهذا هذه الصفة اي الصلح على الانكار
موصوف بصفة انه احل حراما وحرم حلالا وذلك لان المدعي ان كان محقا كان اخذ المدعي له حلالا
قبل الصلح حرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل
الصلح حل بالصلح فهو صلح احل حراما او نقول وهذا هذه الصفة لان المدعى عليه اذا كان منكرا لم يوجه
عليه بدعوى المدعي حق فيبقى بذل المال من المدعى عليه رشوة ودفعا للخصومة عن نفسه واذا صار عليه
بهذه الجهة لا يقع التملك من المدعي الا بهذه الجهة لان ما يدخل المدعا عليه وملكه فلا يخرج عن ملكه
الا بالجهة التي يملكها وهو قد ملكه بجهة الرشوة وهو حرام ولكنا نقول ليس المراد هذا
لان الصلح مع الاقرار لا يخلو عن هذا ايضا لان الصلح في العادة يقع عن بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام
الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح حرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح حل بالصلح
فعرفنا ان المراد به غير هذا وان الصلح حرم حلالا ان يصالح الغير زوجته على ان يطأ الاخرى او يصالح
زوجته على ان لا يطأ جاريته والذي احل حراما ان يصالح على خمر او خنزير فهذا النوع من الصلح باطل عندنا
وحمله على هذا اولى لان الحرام المطلق هو حرام لعينه والحلال المطلق هو حلال لعينه واما قوله
بان التمليك يقع بالجهة التي يملكها قلنا لا نسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه فهو حلال له اخذه ولكنه
وفي حق المدعا عليه دفع المال لدفع الشر عن نفسه حلال له ايضا لان المال ما خلق الا لهذا لذلك وعن هذا
قال ابو حنيفة رحمه الله ان اجوز ما يكون من الصلح الصلح على الانكار لان معنى الصلح على التمام انما يتحقق
فيه وهو قطع المنازعة والخصومة واما في صورة الاقرار فلا يوجد معنى الصلح على التمام اذ ليس هناك
منازعة وخصومة حتى يحتاج الى الصلح بل هو اسقاط بعض الحق عن طوع ورغبة وصلح على عين حرام الله نص
له احلالا فالاول يسمى ابراء لبعض الحق والثاني بيعا والثالث تاجيلا لا صلحا الى هذا اشار في المبسوط والامام
ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز ولا يقال قال عليه الصلوة والسلام لعن الله الراشي والمرتشي فانه عام
فينبغي ان يكون حراما في هذا ايضا لانا نقول ان هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر

في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي الجاني الوديعة عن اهاليه واما دفع الرشوة لدفع
الضرر عن نفسه فجائز للدافع وعن الفقيه ابي الليث رحمه الله عن ابي يوسف انه كان للاوصياء يجيز المصانعة
في مال اليتامى به نفتي واليه اشار في كتاب الله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر
فاردت ان اعيبها خادر التعييب في حال التيمم مخافة اخذ المتغلب كذا في احكام الصغار ويدل ذكرنا
تقسيم الرشوة **فان قلت** يشكل على هذا اذا ادعى رجل على رجل الف درهم وانكر المدعا عليه ثم تصالحا على ثلث
مائة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعا عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة
ومع هذا لا يجوز **قلت** عدم الجواز بناء على زعم المدعي وفي زعم المدعي انه صرف لانه صالحه على الدراهم
والدنانير وفي الصرف يشترط القبض في المجلس كذا ذكره في المبسوط في باب الصلح في الدين دون جهالة
المصالح عنه لانه لا يسقط فلا يفضي الى المنازعة كما نقول السعر المتخاصمين في دعوى كذا ولست تروي بان
مقدار مال صلح كذلك ويشترط القدرة على التسليم اي على تسليم البدل حتى لو صالح على عبد ابق لا يصح وان
وقع عن مال بمنافع فاعتبار بالاجارات فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد
الصلح وما لا فلا حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا حتى يموت لا يجوز ولذلك
ان صالح على ان يزرع ارضا له بعينها سنين مسماة يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة والاعتبار
في العقود بمعانيها كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة
الاصيل كفالة ويبطل الصلح بموت احدهما لانه اجارة ويرجع المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة
كذا في الايضاح ويجوز ان يختلف العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين يعني يجوز ان يختلف
حكم التصرف الواحد بالنسبة الى الاشخاص المختلفة الا ترى ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في
حق الثالث وكذلك الخلع معاوضة من جانب المراة يمين من جانب الزوج وكذلك الجهة الواحدة تجري
القوم عند استتار القبلة قبلة في حق شخص وليست بقبلة في حق شخص وحكم النكاح حل في حق حرمة حرمة
مؤبدة في حق ام امرأته وهو كثير النظير وذكر في المبسوط وفي هذا بيان ان المال عوض عن المدعى عليه في حق من
وان كان فداء لقطع الخصومة في حق صاحبه ومسئلة جارية اشترى عبدا فوجد به عيبا فما يعطي من الثمن بدل
ملك الرقبة في حق البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع احتمال
السكوت على الانكار اولى لان فيه دعوى لتفريغ الذمة وهو الاصل لانه يأخذها عن اصل حقه لان المدعا عليه
يستبقي الدار المملوكة لنفسه كما كانت لانه لا يشتريها والمرء لا يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره فكان
معنى قوله يأخذها اي يبقيها في يده وملكه كما كانت وما يدفعه من المال يدفعه لدفع الخصومة لا ان يكون
عوضا عن الدار الى هذا اشار في الاوضح فلا يلزمه الشفعة بابدا ان اي باقرار المدعي وان كان المدعا عليه يكرنه
فصار كانه قال اشتريتها من المدعا عليه وهو يكره فيجب الشفعة فيها كذا في شرح الاقطع رجع المدعا عليه
بحصة ذلك من العوض اي من بدل الصلح رجع المدعي بالخصومة اي الى المستحق لان المستحق قام مقام المدعا عليه
ان الدار في يد المستحق على زعم انها ملكه ورد العوض اي رد المدعي بدل الصلح الذي اخذه من المدعا عليه
انه ظهر انه لم يكن له ولاية اخذ بدل الصلح فينبغي العوض في يديه اي فينبغي بدل الصلح في يد المدعي غير مشتمل
على عوضه اي عوض المدعا عليه لان عوضه بقاء الدار على ملك المدعا عليه من غير خصومة خصم فيها وقد
ظهر خصم اخر غير المدعي وهو المستحق فلذلك يسترد ما دفعه الى المدعي منه لانه كان اعطى ليسقط خصومته
عن نفسه ان عسى لا خاصمه فلما خاصمه غيره فيها بالاستحقاق لم يتم مقصود المدعا عليه فيما اعطى فيرده
لذلك فصار كما لو دفع المكفول عنه قبل اداء الكفيل يسترد المال من الكفيل وذكر في المبسوط ولو ادعى
في دار رجل حقا فصالحه على دراهم ودفعها اليه ثم استحقت الدار من يد المدعا عليه كان له ان يرجع بالدراهم
لان الصلح مبني على زعمه اي زعم المدعي وفي زعمه انه اخذ الدراهم عوضا عن الدار واذا استحقت كان
عليه رد المقبوض من البدل كالمبيع اذا استحق وان جعلناه مبنيا على زعم المدعا عليه ففي زعمه انه اعطى
المال لغير حق وان لا حق له اي الاسترداد وقوله فما سلمه لان المدعا عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته
عن نفسه الى اخره **فان قلت** يشكل على هذا التعليل ما اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعا عليه
ودفع المدعي شيئا الى الذي بطريق الصلح واخذ الدار منه ثم استحقت الدار فان المدعي لا يرجع بما دفع
على المدعا عليه مع ان المدعي انما دفع الى المدعا عليه شيئا ليقطع خصومته فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة

له مستحق ان يسترد اليه ما دفعه كما لو دفعه الى المدعي عليه الى المدعى لاجل ذلك المغني والمثالة
في الفصل السابع من الفصول الاسروشنية **قلت** الفرق بينهما من وجهين احدهما ان صحة
الصلح مبنية على زعم المدعي ففي مسالة الكتاب وهي ما اذا دفع المدعا عليه شيا الى المدعي واستبقى
الدار لنفسه فالمدعي يقول اني بايع الدار بهذه الدراهم فاذا استحقت كان المدعا عليه ان يرجع كما لو
ذلك واما في تلك المسالة ففي زعم المدعي ان ما دفعت ليس بواجب علي لاني احترزت عن حلفي فكان متبرعا
فيما اعطى فلا رجوع للمتبرع بسبب الاستحقاق والثاني هو الاوجه هو ان المدعا عليه يضطر في مسالة
الكتاب في دفع ما دفع لقطع الخصومة لانه دفعه ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
فاذا لم تنقطع الخصومة تظهر بالاستحقاق زالت الضرورة فرجع المدعا عليه الحاصل ما له واما في تلك
المسالة فالمدعي ليس بمضطر فيما اعطى لان المدعى عنه دعواه على حيز ما دفع باختيار لم يظهر عدم
الاختيار عند ظهور الاستحقاق فلا يسترد ما اعطى وان استحق بعض ذلك اي المصالح عنه وهو الدار
التي في يد المدعى عليه رد حصته اي رد المدعي من بدل الصلح ما يقابل حصته ما استحق من الدار الى
المدعا عليه ورجع بالخصومة اي رجع المدعي بخصومته على المستحق لان المستحق قايم مقام المدعا عليه
لما ان بعض الدار التي استحقها في يد المستحق ولم يسلم للمدعي بعض ما اخذ من بدل الصلح فلذلك يرجع
بخصومته على المستحق عنه اي في اصل الدعوى لانه خلا العوض في هذا القدر من العوض اي ان الامر
والمثال ان بدل الصلح الذي اخذ المدعي في حق ذلك القدر الذي اخذ المستحق من المدعا عليه
عوض المدعا عليه لان المدعا عليه انما دفع مجموع ذلك العوض ليسلم له المصالح عنه بجميع اجزائه ولو
لم يسلم بعض المصالح عنه فلذلك يسترد ما يقابله من العوض من المدعي وهو بعض بدل الصلح ولو
استحق المصالح عليه اي بدل الصلح رجع بكل المصالح عنه اي رجع المدعا على المدعا عليه بكل المصالح عنه
وهو الدار لان المدعي انما ترك ما ادعاه على المدعا عليه ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله
كما في البيع وان كان الصلح عن انكار او سكوت يرجع الى الدعوى اي رجع المدعي الى الدعوى السالفة
مع المدعا عليه لانه انما كان ترك دعواه ليسلم له بدل الصلح فلما لم يسلم بدل الصلح ترك الدعوى وهو
بدل الصلح يرجع على المدعي لذلك الى المبدل وهو الدعوى وهذا خلاف ما اذا باع منه اي باع المدعا عليه
من المدعي مع انكاره شيا معينا اي اجرى لفظ البيع في مقام الصلح صورته اذا ادعى رجل على اخر دارا فانكر
وانكر المدعا عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار ثم استحق
العبد يرجع المدعي على المدعا عليه بالمدعى به لا بالدعوى لان الاقدام على البيع اقرار منه اي من المدعا عليه
بان المدعي محق في دعواه فالحكم في البيع كذلك في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار وفصل
الانكار على ما قدمناه في البيوع اي في احكام الاستحقاق من كتاب البيوع وقد ذكرنا هناك فايدته
من وجهين ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح هذا الذي ذكره جواب غير ظاهر الرواية
فيما ذكره في الذخيرة واما في ظاهر الرواية فانه يصح فقال رجل ادعى دارا في يد رجل واصطلحا على
بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جايز
وان وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جايز لان في زعم المدعي
انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعا عليه انه فدى عن يمينه واذا جاز هذا الصلح هل
يسمع دعوى المدعي بعد ذلك وهل تقبل بينته على ما في الدار فيما اذا وقع الصلح على بيت من دار
اخرى لا يسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكانه باع ما ادعى
بما اخذ وفيما وقع الصلح على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمه الله في شرح
الكافي انه يسمع وذكر شيخ الاسلام رحمه الله في شرحه انه لا يسمع دعواه وجه من قال انه يسمع ان
المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرا عن الباقي الا ان الابرا لاقى عينا والابرا عن الاعيان باطل فكان
وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الرواية ان الابرا لاقى عينا ودعوى فان المدعي كان يدعي جميع الدار
لنفسه والابرا عن الدعوى صحيح وان كان الابرا عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابراتك من دعوى
هذا العين صح الابرا حتى لو ادعاه بعد ذلك لا يصح ولا يسمع وذكر في المبسوط واذا ادعى بيتا في يد
رجل دعوى فصالحه في ذلك على ان يبنى على سطحه سنة فهو جايز لان في زعم المدعي انه مستوفي تلك

النفقة

النفعة باعتبار ملكه الاصل ولم يذكر ما اذا صالحه على ان يبنى على سطحه سنة فهو جايز لان
في زعم المدعي انه مستوفي في ملك المنفعة باعتبار ملكه الاصل ولم يذكر ما اذا صالحه على ان يبيت
على سطح بيت اخر بعينه سنة والجواب في ذلك انه يجوز ايضا لان السطح مسكن كالارض ولو استاجر
ارضا معلومة من الارض ليبنى فيها مدة معلومة جاز وكذلك السطح وهذا لانه يتمكن من السكنى عليه
نقض حصة فيه او يلحق به ذكر البراة عن دعوى الباقي **فان قلت** كيف صورة الابراء **قلت**
هو ان يقول قد بريت من هذه الدار او قال قد بريت من دعوى في هذه الدار فهذا جايز حتى لو ادعى بعد
ذلك وخاصمه لا يقبل اما لو قال ابراتك عن هذه الدار او قال قد ابراتك عن خصومتي في هذه الدار
فهذا وامثاله باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله بريت وبين قوله ابراتك فان في
قوله ابراتك انما ابراه من ضمانه لا من دعوى وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل لو قال له رجل بريت
منه كان بريا منه ولو قال ابراتك منه كان له ان يدعيه وانما ابراه من ضمانه كذا في الذخيرة **فصل**
لما ذكر مقدمات الصلح من شرايطه وانواعه ذكر في هذا الفصل ما يجوز من الصلح وما لا يجوز وفرق
والصلح جايز عن دعوى المنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح لانه يجوز اخذ العوض عنها
في العقود فكذا بالصلح كذا في زاد الفقهاء وذكر في المغني وزاد الوصي الرجل لرجل بخدمة عبده سنة
وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على عبد اخر جاز
ايضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا او لبس ثوب شهرا فهو جايز اما الاول فلقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف الاية وذلك يتطرق الصلح كذا في المبسوط وقوله اما
الاول اي الصلح عن جناية العمد وقوله انها نزلت في الصلح اي عدم القود والاية تحتمل ان احدهما
وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك رضي الله عنهم فمن عفي له من اخيه شيء اي من اعطي له في مقابلة واريد
به ولي القتيل من اخيه اي من جهة اخيه المقتول شيء اي شيء من المال بطريق الصلح ونكره لانه مجهول
القدر فانه يتقدر بما تراضيا عليه فاتباع بالمعروف اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح على مجاملة
وحسن معاملة واداء اليه باحسان اي وعلى المصالح اداء الى ولي القتيل باحسان في الاداء والثاني
وهو ما قاله جماعة وهو مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ان الاية في عفو بعض الاولياء ويدل عليه
قوله شيء فانه يراد به البعض وتقديره من عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من
القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم
من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر
حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص
كذا في التيسير وهو بمنزلة النكاح اي الصلح عن دم العمد بمنزلة النكاح وقال في المبسوط ثم كل
ما يصلح ان يكون صداقا في النكاح يصلح ان يكون عوضا في الصلح عن القصاص لانه مال يستحق عوضا
عن ما ليس بمال بالعقد وعلى هذا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض وان كان عينا كما يجوز التصرف
في الصداق لانه لم يبق في الملك المطلق للتصرف غرر حتى لا يبطل بالهلاك ولكن يجب قيمته وكذلك
لو استحق العبد كان على القاتل قيمته لان بالاستحقاق لا يبطل الصلح ولكن يتعذر استيفا العبد مع قيام
السبب الموجب له فيجب قيمته كما في الصداق وهذا لان الصلح عن القود لا يحتمل الفسخ بالتراضي كالنكاح
بخلاف الصلح عن المال وعن هذا قالوا لو صالحه عن دم العمد على سكنى دار او خدمة عبد سنة لان
المنفعة المعلومة يجوز استحقاقها عوضا في الصلح عن المال ففي الصلح عما ليس بمال اولى ولما بينا ان العوض
هاهنا بمنزلة الصداق في النكاح والسكنى والخدمة اذا كانت معلومة تصلح ان تستحق صداقا
وان كان صالحه عليه ابدا او على ما في بطن امته او على غلة نخلة سنين معلومة ابدا لا يجوز لان هذا
كله لا يستحق صداقا بالتسمية في النكاح فلذلك لا يستحق عوضا عن دم العمد في الصلح وهذا بخلاف
الخلع فانها لو اختلعت نفسها على ما في بطن امتها صحت التسمية لان المراة بالخلع لا تستحق شيا هو متقوم
ولكن يبطل ملك الزوج عنها والبضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم وكان التزامها البدل
بمنزلة الالتزام بالوصية والاقرار وذلك صحيح مضافا الى ما في البطن وهذا لو اختلعت بمال في مرضها
اعتبر من ثلثها كالوصية اما في الصلح عن القود فالقاتل يستفيد العصمة والتقوم في نفسه ولهذا لو صالح

وفرضه على قدر الدية اعتبر من جميع ماله فكان المال عوضا عما هو متقوم في حق من الزمه
لا يصلح عوضا في مثله وقوله حتى ان ما صح مسمى فيه صح هنا لا على العكس اي والمعنى
ان كل ما يصلح بدل القصاص صلح مسمى النكاح فان عفو القصاص يصلح بدلا للقصاص ولا العكس اي لا يمكن ان يقال
عكس ان يقال ان كل ما يصلح بدل القصاص صلح مسمى النكاح فان عفو القصاص يصلح بدلا للقصاص ولا العكس اي لا
يصلح مسمى فانه ذكر في المبسوط ولو صالحه على ان عفى عن هذا الدم على ان عفى الآخر عن قصاص له قبل
رجل آخر كان جائزا وعفو القصاص لا يصلح مسمى **فان قلت** ما وجه الفرق بينهما **قلت**
من القياس ان كل واحد منهما اسقط حقه عما له من القود وكل واحد منهما متقوم صالح للاعتياض عنه
حتى صح المال عوضا للقصاص فيجوز احدهما ان يجعل عن الآخر لكونه متقوما بخلاف النكاح حيث لا يصلح
القصاص ان يكون صداقا لان الشرط في الصداق ان يكون مالا قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم
والقصاص ليس بمال وفي القصاص الشرط ان يكون ما يستحق بالصلح متقوما وذلك موجود في
القصاص على ما قررنا ولذلك لو صالح على القود اقل من عشرة دراهم يجوز وان كان ما دون العشرة
لا يستحق صداقا كذا في المبسوط الا عند فساد التسمية كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين هنا
اي في الصلح عن جناية العمد اي على القاتل الدية في ماله عند فساد التسمية لان فساد التسمية لا يمنع
سقوط القود كما ان فساد التسمية لا يمنع صحة النكاح واذا سقط القود وجبت الدية لان الولي ما
رضي بسقوط حقه مجانا وقد صار مغرورا من جهة القاتل بما سماه له فيرجع عليه ببدل ما سلم له وبدل
النفس الدية وانما تجب في مال القاتل لان بدل الصلح لا يجب على العاقلة لانه وجب بعقده فكان عليه
خاصة كذا في المبسوط والايضاح لانه لا يجب بمطلق العفو اي لان المال لا يجب بمطلق العفو يعني المال
ليس ما لا متقوما في الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء فبقي مطلق العفو عن القصاص
وفي مطلق العفو عن القصاص لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر في الصلح وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين
اي في فصل فساد تسمية الصداق كما اذا تزوجها على ثوب غير معين وفي فصل ما اذا تزوجها على خمر
وحاصله ان الصلح عن دم العمد يشبه النكاح في بعض الاحكام وهو ان الصلح عن دم العمد على ما في البطن
لا يجوز كما ان تسمية الصداق به في النكاح لا يجوز وكان اعتبار الصلح عن دم العمد من جميع المال وكذلك
الصداق يعتبر من جميع المال بخلاف الخلع في هذين الحكمين على ما ذكرنا ويشبه الخلع في بعض الاحكام
وهو فيما اذا صالح عن دم العمد او قطع يد رجل عمدا على خمر او خنزير او حر فهو يعرفه كان عفوا ولا يجب
على القاتل شيء كما في الخلع يقع الطلاق ولا يجب على المراة شيء بخلاف النكاح فانه لو تزوجها على خمر
او خنزير كان لها مهر مثلها والوجه في ذلك كله هو ان استحقاق مهر المثل هناك باعتبار
صحة النكاح لا باعتبار تسمية العوض حتى لو لم يسم شيئا وجب مهر المثل وفي الخلع والصلح عن دم
العمد استحقاق البدل باعتبار تسمية العوض حتى لو لم يسم شيئا كان مجانا وعلى هذا التحقيق تبين
ان لا فرق فانا نجعل تسميتها اي تسمية الخمر والخنزير وجودها كعدمها في المواضع كلها وهذا لانه يملك
الزوج بالنكاح ما هو معصوم مصون عن الابتذال فلا تملكه الا بعوض اظهارا للخطر وههنا
من له القود يسقط القود ولا يملك القاتل شيئا واسقاط القود غير مصون عن البذل فلهذا
لا يجب المال الا باعتبار تسمية عوض هو مال متقوم الى هذا اشار في المبسوط لانه الموجب الاصلي
اي لان مهر المثل هو الموجب الاصلي في النكاح فكان وجوب المهر في باب النكاح من ضرورات العقد فان عقد
النكاح ما شرع الا بالمال فان لم يكن المسمى مالا لغت التسمية اصلا فصار كما لو تزوجها ولم يسم لها
مهرا فيجب مهر المثل واما في باب الصلح فوجوب المال ليس من ضرورات الصلح فانه لو عفى ولم يسم
مالا لم يجب شيء كذا في الايضاح ويجب مع السكوت عنه حكما ويجب المهر في عقد النكاح مع السكوت
عن ذكر المهر شرعا ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد وهذا
بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح فيه الصلح في الشفعة بالصلح عن حق الشفعة احترازا
عن الصلح على اخذ نصف الدار او على بيت بعينه فان الصلح مع الشفيع فيهما جائز لانه ذكر في المبسوط
ان صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة اوجه في وجه يصح وهو ان يصالح على اخذ نصف الدار بنصف الثمن
وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو ان يصالح على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن

لان

الحصة مجهولة ولا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال
وهو ان يصالح على ان يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري ففيها هنا يبطل شفعته لوجود الاعراض
عن الاخذ بالشفعة ولا يجب المال لان ملك المشتري في الدار لم يتغير بهذا الصلح بل بقي على ما كان
قبل الصلح وحق الشفعة ليس بمال ولا يؤول الى المال فالاعتياض عنه باطل لا يجوز بخلاف القصاص
لان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حدث له العصمة في ذمته فيجوز ان يلزم
العوض بمقابلته كذا في المبسوط ولا حق في المحل قبل التملك اي لا حق للشفيع في الدار المشتراة قبل
ان يأخذها بالشفعة اصلا واما في القصاص فمن عليه القصاص مملوك لمن له القصاص في حق
القصاص فكان اخذ العوض ممن عليه القصاص بمنزلة اخذ العوض من عنقه في الاعتاق على
مال فيجوز واوضح هذا المعنى في الايضاح فقال فالوجه في الفرق بينهما ان حق الشفعة حق ان
يملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لا حق في المحل بوجه ما فاما في باب القصاص فالمحل صار
مملوكا في حق اقامة الفعل وقبل الفعل ظهر الحق في المحل فملك الاعتياض والكفالة بالنفس بمنزلة
حق الشفعة حق ان يتملك محلا هو مملوك للغير وقبل التملك لا حق في المحل بوجه ما فاما في باب
القصاص فالمحل صار مملوكا في حق اقامة الفعل حتى اذا وقع الفعل انضف بكونه حقا واذا
صار المحل مملوكا في حق اقامة الفعل وقبل الفعل ظهر الحق في المحل فملك الاعتياض والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة اي في عدم الجواز يعني اذا كفل رجل عن نفس رجل فخبأ المكفول له وصالح
الكفيل على شيء من المال على ان يأخذ المكفول له ويخرج الكفيل من الكفالة لا يصح الصلح وقال في شفعة
المبسوط في باب ما لا يجب فيه الشفعة وهذا الصلح باطل لانه باسقاط حقه بالكفالة بالنفس
لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا عنه اذ في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب
الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وبه يفتى وهو رواية ابي حفص وفي الصلح من رواية ابي سليمان
لا تبطل ووجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي رواية
الكفالة لا تبطل ووجهه ان الكفالة بالنفس بسبب من الوصول الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه
فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا كذا في الايضاح والذخيرة الا انه لا يصح الزيادة على
قدر الدية اليه قوله بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة ولذلك الصلح عن دم العمد والصلح
عن القتل الخطأ يفترقان ايضا في فساد الصلح بتسمية الخمر والخنزير فان في الصلح عن دم العمد بالخمر والخنزير
لا يستحق ولي القصاص شيئا وقد ذكرناه وفي القتل الخطأ تجب الدية فكان الفرق بينهما في موضعين
اي في موضع الزيادة على قدر الدية وفي موضع فساد التسمية وقال في المبسوط ولو كان القتل
خطأ اي في الصلح من القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير
الصلح عن سائر الديون اذا ابطل بقي المال واجبا كما كان وهو الدية ثم اعلم ان الصلح بالزيادة
على قدر الدية في جناية الخطأ انما لا يجوز اذا كان ذلك الصلح منفردا واما اذا كان الصلح عن دم
العمد منضما بالصلح عن الخطأ يجوز وان زاد بدل الصلح على قدر الدية صورته رجل قتل رجلا
عمدا وقتل آخر خطأ ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما
بقي فلصاحب العمد فصار هذا الرجل عليه مائة دينار لرجل والف درهم لآخر فصالحهما على ثلاثة
آلاف درهم يجوز فلصاحب الالف الف والباقي لصاحب الدنانير كذا في المغني اما اذا صالح على
غير ذلك جاز بان يصالح على مكيل او موزون كيلا يكون افتراقا عن دين بدين اي عن دين الدية
بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر الى اجل صورته فقضى
القاضي بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب
في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا القتل وكان ما يعطي عوضا عن الواجب فصح ان كان
يدا بيد اما لو صالح على شيء من المكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير الى اجل فهو باطل لان القاضي
عين الحق في الابل فكان هذا اعتياضا عن دين بدين فلا يجوز كذا في الايضاح منها اي من مقادير
الدية بخلاف الصلح ابتداء اي لا يجوز اذا كان الصلح على احد مقادير الدية زائدا على قدر الدية
ان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء ولو قضى القاضي باحد المقادير زيادة على مقدار الدية

لا يجوز وكذا على ما تعين اي شرعا ولا يجوز الصلح من عوض يحد صورته رجل اخذ زانيا او سارقا او شاربا
من عين او اخذه في شرب خمر واراد ان يرفعه الى الحكام فصالح المأخوذ على مال على ان لا يرفعه الى السلطان
فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى رجل على رجل حد قذف فصالح المدعى عليه بدراهم
على ان يعفو عنه فالصلح باطل كذا في شرح المختصر للعامري وعلل في المبسوط في هذه المسألة في باب الصلح
في الصدقة وقال لان المرافعة الى السلطان لحق الشرع فالمقصود اقامة الحد الذي هو محض حق الله
تعالى وذلك مما لا يحتمل السقوط باسقاطه سواء اسقطه بعوض او بغير عوض وهو حقيقة اكل المال
بالباطل والصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام باطل ولا يجوز الصلح مع الشاهدين بمال على ان لا يشهدا
عليه بكذا في اي حق كان لان اداء الشهادة مستحق على الشاهد لحق الشرع ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا
ادعت المرأة نسب ولدها صورته ادعت المرأة على رجل ان هذا الصبي الذي في يدها ابنه منها
وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت قد طلقني واقر الزوج انه كان طلقها وبانت فصالح
من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز للام اسقاطه كذا في شرح القدوري
وهكذا ايضا في الايضاح عزا ان في الايضاح نسب هذه الرواية الى ابي يوسف رحمه الله وقال فالصلح
باطل لان النسب ثبت حقا للصبي فلا تملك الاعتياض لاسقاطه لانه لا يقبل الاسقاط اصلا لان
فيه وجود العوض وعدمه ولا يجوز ان يصالح واحدا لانه بني لمنفعة المسلمين للخصومة فيها والمطالبة
بقلعها فلم يستفد صاحب الظلة بدفع العوض فائدة فلا يصح الصلح كذا في شرح القدوري وقوله
الى الطريق العامة قيد به لانه لو كانت الظلة على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح
جائز لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل
الى تحصيل رضا الباقين بها كذا في الايضاح **فان قلت** يشكل على هذا ما ذكره في
فتاوى قاضي خان رحمه الله رجل له باب في غرفة او كوة فخاصمه جار على دراهم معلومة يدفعها
الى الجار ليترك الكوة ويسدها كان ذلك باطلا ولا تنافي بل الكوة من دار الجار مملوك للجار ومع ذلك
لم يجز الصلح فيه **قلت** الفرق بينهما ظاهر اما في مسألة الكوة فالجار ظالم في منع صاحب
الكوة عن الانتفاع بمال نفسه والجار انما ياخذ المال ليمتنع عن الظلم والامتناع عن الظلم واجب على
كل احد بدون الصلح فلا يجوز الصلح واما في الظلة فليس في ملك نفسه انما هو بناء في هواء مشترك
بين قوم معلومين محدودين وفي مسألة الكوة لو جرى الصلح بينهما على ان ياخذ صاحب الكوة دراهم
ليسد الكوة والباب كان باطلا ايضا لان الجار انما دفع المال ليمنع صاحب الكوة عن التصرف في
ملكه والانتفاع بمال نفسه فكان باطلا الى هذا اشار في فتاوى قاضيخان رحمه الله وقوله
واحد على انفراد انما قيد به لانه لو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان يترك الظلة جاز
الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضع ذلك في بيت المال
لان الاعتياض من الشركة العامة جائز من الامام فانه لو باع شيئا من بيت المال يجوز كذا
مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والرحمن لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث
بخلاف القصاص وكان خلعا في معنى الخلع اي في زعم الزوج والخلع بلفظ البراءة صحيح فان اقام بينة
على زوجيته بعد الصلح لم تقبل ذلك منه لان زعمه ما جرى بينهما كان خلعا ولا فائدة بعد الخلع
في اقامة البينة على النكاح كذا في المبسوط ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان
مبطلا في دعواه وهذا عام في جميع انواع الصلح والدليل عليه ما ذكره في كتاب الاقرار ان من اقر
لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره فانه لا يحل له ذلك المال فيما بينه وبين الله تعالى
الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله
هكذا ذكر نسخ الدال على ان النفا على استيلاء لا بقوله قال فيما العبد وفي بعضها فان لم يجز وهو المذكور
في شرح القدوري وان لم يجعل اي وان لم تجعل ترك الدعوى فرقة صار كانه لم يصالح وقد ذلك
اعطى المال فلم يفد دفع المال فائدته ولم يكن ما اخذت عوضا عن شيء فكان رشوة وما بذل
الرجل مال ولا بدل البضع بالمال لا يجوز الا بالنكاح وهذا ليس بنكاح وهي لم تترك الدعوى لان
الفرقة لم توجد فكانت دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدة فلا

يجوز

يجوز وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه اي ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فانكر المدعى عليه
ذلك ثم صالحه على مائة درهم فهو جائز كذا في المبسوط وقوله ولهذا يصح على حيوان في ذمته
ايضاح لقوله فكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق والاصل ان الحيوان انما يجب دينا في الذمة اذا كان
ذلك الدين بمقابلة ما ليس بمال كما في النكاح والديات يعني ولو كان هذا بمنزلة مبادلة مال بمال
لما صح الحيوان دينا في الذمة والدليل ايضا على ان هذا الصلح في زعم المدعي بمنزلة الاعتاق على مال
انه لو اقام المدعي البينة بعد ذلك انه عبده لم تقبل بينته في اثبات الملك لان ما جرى بينهما
كان بمنزلة العتق كذا في المبسوط لا يكون عبدا اي لكونه عبدا للمدعي وعتقه الا ان تقام البينة اي
على انه عبده فيقبل اي في حق الولاء لانه صالحه على المال بعد كونه عبدا له فيكون صلحه بمنزلة الاعتاق
على مال فيثبت الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح على نفسه اي سواء كان
عليه دين او لم يكن وان قتل عبد له اي لهذا العبد المأذون عبد وذلك العبد قتل رجلا فصالحه جاز
اي سواء كان عليه دين او لم يكن ثم اعلم انه ان لم يصح صلح المأذون عن نفسه لكن ليس لولي القتيل
ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر
الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه ان لم يجز في حق المولى جاز في حق العبد لانه حر مكلف فكان
كالامة البالغة اذا خلعها زوجها بمال وقبلت فان المال يجب في حقها وان لم يجب في حق المولى
حتى يؤاخذ به بعد العتق وصار كان الزوج طلقها بمال مؤجل ولهذا كان الطلاق بائنا لانه
طلقها بعوض وكذلك ها هنا ولي القصاص لما صالح مع المأذون فصار كانه صالحه على بدل
مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل هكذا يجوز الصلح ولكن ليس لولي القتيل ان يقتله ولا ان يتبعه
بشيء ما لم يعتق فلهذا كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله وهذا جواب عن من اورد الاشكال
بان الصلح ان لم يصح وقد سقط القتل لتضمن الصلح العفو وقد اعترف به المولى فلم يخاطب المولى بالدفع
او بالفداء قلنا لما كان هذا عبارة عن صلح موجل بدله الى ما بعد العتق فلا يطالب به المولى في الحال
فان قلت ما الفرق بين العبد المأذون والمكاتب فان المكاتب اذا قتل رجلا عمدا ثم صالح النفسه
على شيء من كسبه جاز الصلح والمأذون اذا صالح لنفسه من القصاص على شيء من كسبه لا يجوز على ما ذكرنا
قلت اما الفرق بينهما من حيث ان المكاتب اعلى حالا من المأذون فكان يده على نفسه اقوى
من يد المأذون ولهذا لو ادعى انسان رقبة المكاتب ينتصب المكاتب خصما للمدعي ولو قطع شيء من طرفه
كان البدل له ولو قتل خطأ كان البدل له يقضي به بدل الكتابة وسائر ديونه فالحقناه بالحر باعتبار
قوة يده في حق جواز الصلح واما المأذون فلا ينتصب خصما عن نفسه للمدعي وبدل يده ونفسه للمولى
فيلحق بما قبل الاذن لضعف يده ولو صالح قبل الاذن عن القصاص لا يجوز فكذا بعد الاذن كذا ذكره
الامام المحبوبي رحمه الله وقوله لم يجز له ان يصالحه عن نفسه اي على مال ولهذا لا يملك التصرف فيه
اي في رقبته بتأويل العضو او الجزء بيعا وقيد بالبيع لانه يملك التصرف في رقبته اجارة كذا ذكره الامام
التمرتاشي رحمه الله فكان استخلاصا بمال المولى لان ما اعطاه من بدل الصلح فهو مال المولى وصار كالاجنبي
اي وصار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون
اذنه لا يجوز فكذا هنا بخلاف صلح هذا العبد المأذون عن عبده فانه يجوز لانه مأذون له في التجارة
وهذا من باب التجارة وتحقيق هذا الفرق فيما ذكره صدر الاسلام في الجامع الصغير وقال لم يجز صلحه
في حق نفسه لانه ليس للمأذون ان يتصرف في نفسه بما يقابل لانه التصرف في نفسه للمولى اما في
عبده فلانه التصرف له والصلح على مال في معنى الشراء فان العبد صار كالمستحق بفعل العمد ولو ذلك
تمكن عن ملكه على الشراء فيملك الصلح ايضا ولو زالت نفسه عن ملك المولى لا يملك شراء نفسه
فلا يملك الصلح ايضا ومن غصب ثوب يهودي قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة
درهم جاز عند ابي حنيفة رحمه الله يهود قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب فيقال ثوب يهودي
هذا الذي ذكره وضع الجامع الصغير وذكر هذه المسألة في الاصل ووضعها في العبد ثم قال اذا كان
العبد قائما جاز الصلح سواء كان البدل حالا او مؤجلا وسواء كان الصلح عن اقرار او انكار وسواء كان
الصلح عن اضعاف قيمته او لم يكن وان كان العبد مستهلكا فصالحه على دراهم مسماة مثل قيمة العبد

او اقل جاز حالا كان او مؤجلا وأما اذا اصالح على اكثر من قيمة العبد دراهم او دنانير ان كان حالا يجوز
على الخلاف وكذلك الخلاف في كل ما لا مثل له مما اعلم انا نحتاج هاهنا الى فصول اجماعية والى بيان
منشا اصل الخلاف بينهم بما ذا فنقول وبالله التوفيق فقيد اولا بالغصب لاستدعائه الصلح ذلك
عادة فان الثوب الموصوف لو كان على رجل بالبيع لا يقع الصلح منه عادة ولو استهلكه كان يحل
الثوب المستهلك غصبا وقيد بالثوب احترازا عن غصب المثلي فانه اذا كان لرجل على رجل كر حنطة
وصالحه منها على دراهم او دنانير فالصلح جائز بالاجماع سواء كانت الدراهم والدنانير اكثر من قيمتها او اقل
لكن القبض شرط وان كانت الدراهم والدنانير بأعيانها حتى لا يقع الافتراق عن دين بدين لان هذه
الاشياء عين فلا تتعين بالتعيين وقيد ايضا احترازا عما وجب على رجل دراهم بطريق القرض او وجبت
على احد الشريكين في العبد اذا اعتق نصيبه فصالحه الساكت من نصيبه على اكثر من نصف قيمته
لا يجوز الصلح بالاجماع وقيد بكونه بهودنا ليعرف قيمته فان عندهما لا يجوز الزيادة في الصلح على
قيمته الا بقدر ما يتغابن الناس فيه فلا بد ان يكون الثوب المدعى به موصوفا حتى يعرف مقدار
القيمة وقيد بالاستهلاك لان الثوب اذا كان قائما على حاله يجوز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع
وقد ذكرناه وقيد بقوله على مائة درهم لانه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه
قبل الافتراق عن المجلس جاز بالاجماع من هذا الخلاف فيما اذا لم يقض القاضي بقيمة الثوب على
الغاصب اما لو قضى القاضي عليه بالقيمة ثم صالحه على اكثر منها لا يجوز الصلح بالاجماع واما
منشا اصل الاختلاف بينهم راجع الى ان وجوب الشيء الذي وقع عليه الصلح من الدراهم والدنانير
بمقابلة ماذا في الغصوب فعند ابي حنيفة رحمه الله ذلك بمقابلة عين المغصوب اما حقيقة اما اذا
كان قائما او تقديرا اما اذا كان مستهلكا فان اصح الاقوال ان الصلح جائز عنده على اكثر من قيمة المغصوب
وان كان مستهلكا ولما كان كذلك جاز الصلح عنده على اكثر من قيمته لان الدراهم او الدنانير اذا وقعت
بمقابلة عين الثوب المغصوب ولا ربا بين عين الدراهم والثوب فيجوز الصلح وان كان الذي وقع
عليه الصلح اكثر من قيمة الثوب واما عندهما فالذي وقع عليه الصلح من الدراهم والدنانير بمقابلة
قيمة المغصوب ولا ربا بين عين الدراهم والثوب فيجوز الصلح واذا كان الذي وقع عليه الصلح اكثر من
قيمة الثوب واما عندهما فالذي وقع عليه الصلح من الدراهم والدنانير بمقابلة قيمة المغصوب
لا يجوز الصلح لكونه ربا هذه فوايد مقتبسة من اشارات المبسوط وشروح الجامع وشرح الطحاوي
والذخيرة فقال في الذخيرة والوجه لابي حنيفة رحمه الله ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان
حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا
اعتياض عن الحيوان والثوب حكما لان الواجب في ذمة الغاصب حال الهلاك مثل الحيوان والثوب
من جنسه في غير الحيوان والثوب نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب ممكن كما
في النكاح والدية الا ان عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا
بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ضرورة
في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن
الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان وذكر في المبسوط ولابي حنيفة رحمه الله طريقان احدهما ان
المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه ما لم يستقر رحمه في ضمان القيمة بدليل انه لو اختار
ترك التضمين في العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه ولو كان ابقا فعاد من اباقه
كان مملوكا له واذا كان كذلك فانه انما صالح على اكثر من قيمته فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون
عوضا عن ملكه في العبد او الثوب ولا ربا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما
بعينه حين صالحه والطريق الاخر ان الواجب على الغاصب ضمان الرد كما قال عليه الصلاة
والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد وهو الضمان الاصلي في الغصب وانما تجب القيمة عند تعذر رد
العين لتقوم القيمة مقام العين واداء الضمان الاصلي فكان ذلك لاجل الاصل الضرورة حتى لا ينصار
اليه الا عند العجز عن رد العين فاذا صالحه على شيء كان ما وقع عليه الصلح اكثر من قيمة المغصوب
فكان جواب ابي حنيفة رحمه الله عن احتجاجهما بمسايل يحتج عليها يدل على ان الواجب

على

على الغاصب بعد هلاك العين القيمة وعلى ان ما وقع عليه الصلح انما وقع بمقابلة القيمة الواجبة في ذمته
بمقابلة العين احدها هي انه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز ولو كان ما وقع
عليه الصلح بدلا عن العبد المغصوب لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا ومقابلة
القيمة يكون سلما والثانية انه لو صالح من الدية على اكثر من الف دينار او اكثر من عشرة الاف درهم
لا يجوز والثالثة انه اذا قضى القاضي بالشفعة للشفيع باكثر من الثمن الذي اشترى به المشتري
ورضي به الشفيع لا يجوز لما ان العوض تقدر شرعا بما اعطى المشتري فلم تجز الزيادة عليه وكذا هنا
والرابعة هي ان ما وقع عليه الصلح اذا كان ممكنا جعله بمقابلة عين المغصوب حين كان قائما
وليس يمكن اصلا جعله بمقابلته حين كان مستهلكا الا ترى انه لم يجعل كذلك في حق صحة البيع
حتى انه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك من الغاصب لا يجوز حيث لم يجعل في
حق صحة البيع منه بمنزلة القائم حكما فكيف يجعل في حق الصلح بمنزلة القائم مع ان للصلح حكم
البيع **قلت** اما الجواب عن الاول وهو اذا صالحه على طعام موصوف في الذمة
مؤجلا لا يجوز لان الطعام بدل عن القيمة ولكنه بدل عن العبد الا ان العبد المستهلك او الثوب
المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام الا ترى انه
لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حالا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لا يجوز
ان الطعام اذا قوبل بالدراهم يكون مبيعا وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا عند طريقه وهو
طريق السلم واما الجواب عن مسالة الدية فانه انما جعل ما وقع عليه الصلح بمقابلة الدية
لانه لا وجه لحمله عن الاعتياض عن المقتول واما في مسالة الشفعة فالمشتري مجبور على ازالة
الملك الى الشفيع ببدل مقدر وهو الثمن فلا يملك التغيير واما الجواب عن المسالة الرابعة فانما
لا يجوز ابتداء البيع من الغاصب بعد الهلاك لان البيع تمليك ما هو متقوم بمال وبعد الهلاك ليس بمال
واما الصلح فيمكن تصحيحه بطريق اسقاط الملك وما ياخذ من العوض يكون بازاء اسقاط الملك
وصحة الاسقاط لا تستدعي المالية والتقوم فلذلك صح الصلح بعد الهلاك ولم يصح البيع الى هذا
اشار في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان
العدوان بالمثل والمثل من كل وجه للشيء هو المثل له صورة ومعنى حتى ان عند مالك عليه الرحمة
في ذلك فان عنده يجب المثل صورة ومعنى في ذوات القيم وكان ايجاب القيمة بمجتهدا فيه والعرف
لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليه وهو قوله عليه الصلوة والسلام من
اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا او يستسعى
العبد وقد مر في العتاق وذكر في المبسوط وليس هذا كضمان العتاق لان هذا الساكت غير ممكن
من استدامة الملك في نصيبه ولكنه يجبر على ازالته شرعا اما الى المعتق بالضمان او الى العبد
بالاستسعاء وقد تعذر البدل بنصف القيمة فلا يملك الزيادة على ذلك لان فيه تعتبر ما استحق عليه
شرعا وها هنا هو غير مجبر على ازالته لا محالة بل هو متمكن من ان يبرئ الغاصب عن الضمان لتقرر الهلاك
على ملكه والله اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان
في الصلح لغيره متبرع ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عن الموكل
وفي شرح الاقطع ما صالح عليه اي على الموكل والمال لازم للموكل وفي شرح الاقطع والمال لازم على
الموكل اي لازم على الموكل قبل ان يضمنه الوكيل واما اذا ضمنه الوكيل فالمال على الوكيل لانه ضمنه
فيجب على الضامن ما ضمن كما في الخلع وتاويل هذه المسالة اذا كان الصلح عن دم العمد حتى يكون
اسقاطا اي تاويل ان المال غير لازم على الوكيل في هذه الصورة او كان الصلح على بعض ما يدعيه من
الدين حتى يكون اسقاطا لبعض الدين وهذا الذي ذكره من التاويل لا يلتفت لتاويل المسالة
لان فيه قيدا اخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وان
كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار
رجل حقا فصالحه عنه اخر بامره او بغير امره المال قال وجب المال على المصالح الا ان يضمنه

للذي صالحه لان الصلح عن الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو
عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا ان الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام
ولا يدخل في ملكه بازائه الشيء لان المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في ملك احد وان لم
يضمن لم يلزمه المال بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعا عليه فالمال عليه اي على المدعا عليه
لان الاجنبي معبر عنه الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد اليه وان كان بغير امره فهو موقوف
على اجازته لان المال لم يجب على المصالح ولا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعي لم يرض بسقوط
حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضا المدعا عليه **قال رضي** فعلى ما ذكرت من رواية المبسوط
من ان الصلح لا يستغني عن اضافة العقد الى المدعى عليه كان ينبغي ان يكون الصلح نظير النكاح في الامر
بالصلح وليس كذلك فان الامر بالنكاح لا يكون امرا بالضمان حتى ان المامور بالنكاح مطلقا لو زوج المراة
للامر وادى المهر لا يرجع به على الامر لما قلنا واما اذا امر المدعا عليه رجلا بالصلح فكان امرا بالضمان
حتى يرجع المامور بما ادى من بدل الصلح على المدعا عليه فكذلك في الخلع حتى ان المامور المراة بالخلع اذا ضمن
بدل الخلع وادى يرجع به على المراة **قلت** ذكر الفرق بين هذه المسايل على هذا الطريق في شرح
الطحاوي رحمه الله فقال الامر بالصلح امر بالضمان وكذلك الخلع بخلاف النكاح فان الامر بالنكاح
لا يكون امرا بالضمان حتى ظهر اثرهما في الرجوع وعدم الرجوع والفرق بينهما ان الخلع يجوز على المراة بغير
امرها الا ترى ان الفضولي لو قال للزوج اخلع امراتك على مائة من مالي فخلع جاز فلما كان الخلع يجوز
على المراة بغير امرها وقد امرها الرجوع عليها بالضمان الذي وجب وكذلك الامر بالصلح امر بالضمان
لهذا المعنى واما النكاح فلا يجوز على الرجل بغير امره فقد انه امر بجواز النكاح لا بثبوت الرجوع فلذلك
اختلفا وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه وجه الانحصار ظاهر وهو ان الفضولي
عند الصلح على المال لا يخلو اما ان قرن بالمال ضمان نفسه ام لا فان قرن فهو الوجه الاول وان لم يقرن
فلا يخلو اما ان اضاف ذلك المال الى نفسه ام لا وان اضاف فهو الوجه الثاني وان لم يضف فلا يخلو
اما ان سلم ذلك المال المذكور في الحال ام لم يسلم فان سلم فهو الوجه الثالث والا فهو الوجه الرابع ولكن
يرد في هذا وجهان اخران وهو ان المال المذكور الخالي عن الاضافة لا يخلو اما ان كان ذلك المال ذكر
معرفا او منكرا وكل واحد منهما هل قرن به التسليم فذكر وجهي حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف
ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره المصنف
بقوله قال العبد الضعيف ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذه الالف **قوله** رحمه الله ان
صالحه بمال وضمنه تم الصلح يعني اذا كان الصلح بغير امر المدعا عليه فالحال لا يخلو اما ان اضاف الفضولي
الضمان الى نفسه ام لا فان اضاف الضمان الى نفسه فالضمان لازم عليه من قبل ان الصلح يصح بطريق الاسقاط
والساقط يتلاشى ويتقدم فاستوى فيه الفضولي والمدعا عليه وصح ان يكون اصلا في الضمان اذا
اضاف الضمان الى نفسه كالزوج اذا خالع امراته مع اجنبي وضمن ذلك الاجنبي كان بدل الخلع عليه
وكان اصلا في هذا الضمان ويصير متبرعا على المدعا عليه باسقاط الخصومة عنه كما لو تبرع بقضاء
الدين عنه واما اذا لم يضف الضمان الى نفسه بل صالح على مال مطلقا ولم يقل علي اي ضامن فالصلح
موقوف فان اجازه المطلوب جاز ولزمه المال وان رده بطل لان الاصل في العقد ان يكون مع المدعى
عليه لان النفع حصل له وانما يصير الفضولي اصلا في هذا العقد اذا اضاف الضمان الى نفسه
فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب ويتوقف على اجازته لذا في الايضاح وقوله كالفضولي
في الخلع اي من جانب المراة وقوله ويكون متبرعا بالواو يدل على ما ذكرنا من رواية الايضاح خلاف
ما اذا كان بامره اي لا يكون متبرعا على المدعا عليه حينئذ ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعا وانما ذلك
للذي في يده اي لا يصير الدين المدعا به ملكا للمصالح وان كان المدعا عليه مقرا بالدين اي لا يحصل
المصالح مشتريا المدعى به من المدعى بهذا الصلح وان كان المدعى عليه مقرا فرق بين هذا وبين ما لو
كان المدعا به عينا والمدعا عليه يعرف فانه يصير مشتريا لنفسه متى كان بغير امره وذلك لان العين
يصح شراؤه من المالك وان كان في يد غيره واما شراء الدين من صاحبه لا يجوز من غير المديون لانه حينئذ
يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يجوز لان تصحيحه بطريق الاسقاط اي دون المبادلة

فاذا

قوله

قوله

باب الصلح في الدين

مع مساواة العقد في البدلين فصح بيع الصرف وصح الصلح بنا عليه وذكر في الايضاح والاصل في هذا
انه اذا كان الذي يستوفيه ادون من حقه فهو اسقاط واذا كان اريد قدرا او وصفا او ما هو بمعنى
الزيادة كتعجيل المؤجل فانه تعتبر معاوضة لان هذه الزيادة غير مستحقة فلا يمكن ان يجعل استيفا فيعتبر
معاوضة او لان معنى الاسقاط فيه الزم لان الصلح ينبئ عن الحطيطة والحط هنا اكثر فيكون الاسقاط
الزم ومن له على اخر الف درهم وذكر في شرح الجامع الصغير من البزدوي وقاضيخان رحمه الله والمحبوبي
الف درهم حالة وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه اي برئ عن الباقي سوا دفع اليه الخمسماية في الغد
او لم يدفع قال لانه شرط ضايع لان النقد واجب عليه اليوم وغدا لان المال حال بخلاف ما اذا قال
ان لم ينقد فلا صلح بيننا لانه معتد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد الاترى ان من باع متاعا بخمسماية
على ان يحملها اليوم فلم يحمل لم يبطل البيع ولم يكن الشرط معتبرا ولو قال ان لم ينقده اليوم او الى
ثلثة ايام ولا بيع بيننا كان معتبرا كما شرط ولنا ان كلام العاقل محمول على الفايدة والصحة ولو
حمل على الاشتراط لا يصح لما قال فيجعل مجازا عن تعليق انتقاض البراءة بعدم التعجيل ويجعل مجازا عن اشتراط
الخيار في الصلح ولو صرح بذلك يصح كما في الوجه الثاني الذي يجي في الكتاب ولذلك ها هنا بخلاف الوجه
الثالث في الكتاب على ما يجي اليه هذا اشار في الاسرار والجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله ولا اداء لا يصلح
عوضا لكونه مستحقا عليه لا بد في عين حقه فلا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد منهما
بالمعاوضة استفادة قبل ذلك كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله ولنا ان هذا ابرا مقيد بالشرط
يفوت بفواته اي مقيد بشرط ان يسلم له خمسماية في الغد فلما لم يسلم فات رضاه في الابرا فيفوت
الابرا لفوات الشرط المقيد وذكر في الفوايد الظهيرية ولنا ان هذا حط بعوض وقد فات العوض فيه
يبطل الحط كما لو حط بشرط ان يعطيه بالباقي رهنا او كفيلا فلم يعطه وبيان ان هذا حط بعوض انه
حط خمسماية بشرط ان ينقد خمسماية الغد ونقد خمسماية في الغد يصلح عوضا عن الحط لان الطالب
ينتفع به كما هو المعروف وقال ابو يوسف رحمه الله ان النقد لا يصلح عوضا عن الحط لان النقد
قبل الحط كان واجبا قلنا ان النقد قبل الحط كان واجبا في المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط
فيعتبر واجبا مرة اخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذا الثابت مرة يعتبر ثابتا مرة اخرى
اذا افاد اعتباره ثانيا مرة اخرى بدليل ان من ظاهر من امراته مرارا لما ان اثباته مرارا يفيد شيئا
وهو وجوب الكفارات فكذلك ها هنا النقد وان كان واجبا بحكم المداينة قبل الصلح الا انه يعتبر
واجبا مرة اخرى لانه يفيد اجابه مرة اخرى ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط لفواته **فان قيل**
ما اشار اليه هنا من اعتباره واجبا مرة اخرى ليصير عوضا عن الحط موجود فيما اذا قال ابرائك عن
خمسماية غدا **قلنا** قال صدر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير عقيب التعليل لهو لنا اما اذا
قال ابرائك عن خمسماية على ان تؤدي الي خمسماية ينبغي ان يكون الجواب هكذا ايضا وفيه اشارة الى ان
الفرق محالة الا فيما اذا ابدا بالابرا وثنى بالتقييد فوقع الفرق بينهما انه متى بدا بالابرا فادا الخمسماية لا يصلح
ان يكون عوضا مطلقا لكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدا
باداء الا ان اداء احصل مقرونا به من حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع
مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة لعني ان المعاوضة عبارة
عن مقابلة الشي بالشي وفي الشرط المقابلة موجودة لان فيه مقابلة الشرط بالجزا فجاز ان يستعار
كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه او لانه متعارف اي لان مثل هذا الشرط متعارف
في الصلح بان يكون بتعجيل البعض معتبرا بابرا الباقي لعني ان الجواز استعمال مثل هذا الشرط في الصلح بمعنيين
احدهما ان يكون كلمة المعاوضة وهي كلمة على مستعارة للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزا
والثاني كون مثل هذا الشرط متعارفا فيه والابرا مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به ثم اعلم
ان الفرق ثابت بين التقييد بالشرط وبين التعليق به لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان في التقييد بالشرط
لا يستعمل لفظ الشرط صريحا وفي التعليق بالشرط يستعمل صريح لفظ الشرط كان واذا ومتى واما معنى
فان في تقييد الابرا بالشرط يحصل الابرا في الحال لشرط وجود ما قيد به حتى انه اذا لم يوجد المقيد يعود الدين
واما في تعليق الابرا بالشرط لا يوجد الابرا اصلا في الحال لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك

لان التقييد بالوقت بمنزلة الاضافة الى ذلك الوقت والاضافات اشباب في الحال بخلاف التعليق
حتى ان من حلف لا يطلق امراته فاضاف الطلاق الى الغد وقال انت طالق غدا يحنث في يمينه ولو علق
طلاقه بمجي الغد فقال انت طالق اذا جاء غد لا يحنث وبيان ذلك مستقصى في اصول الفقه للامام المحقق
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في بيان تقسيم السبب وبعضهم في بيان تقسيم العلة ثم في مسالتنا هذه
وهي ما اذا ادى الى غد امسها خمسمائة على انك بري من الفضل لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى
الشرط فلذلك سماه تقييدا لا تعليقا وتقييد الابرا بمعنى الشرط جائز وتعليق الابرا بالشرط لا يصح حتى
لو قال لغريمه او كفيل اذا اديت الي خمسمائة او متى اديت الي او ان اديت الي فانت بري عن الباقي فهو
باطل ولا ابرا عن الباقي فهو باطل ولا ابرا عن الباقي وان ادى اليه خمسمائة سواء ذكر لفظة الصلح
او لم يذكر لانه صرح بالتعليق فبطل كما لو قال ان دخلت الدار فقد ابراتك بخلاف مسالتنا فانها
صحت لانه لم يصرح فيها بالتعليق بل ذاك تقييد **فان قلت** ما المعنى في ان الابرا لا يصح التعليق
ويصح مع التقييد وان كان فيه ايضا معنى التعليق **قلت** المعنى فيه هو ان في الابرا معنى الاسقاط
ومعنى التمليك اما معنى الاسقاط فهو ان الابرا عبارة عن ازالة حق يرعى له متعلق بالعين كما يطلق
الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واما معنى التمليك فيه فلان الله تعالى سمى ابرا الدين الصدقة
في قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم والتصدق عبارة عن تمليك المال
ولذلك من حيث الحكم فان الابرا يرتد بالرد كما في سائر التمليكات ثم التمليك المحض فباطل تعليقه بالشرط
كما في تعليق البيع والهبة لما فيه من شبهة القمار وانه حرام والاسقاط المحض يجوز تعليقه من كل وجه
كتعليق الطلاق والعتاق ولما كان الابرا مشابهة بهما جميعا قلنا اذا صرح بحرف التعليق لا يصح
اعتبارا لشبهة بالتمليك واذا لم يصرح بحرف التعليق الذي هو عبارة عن التقييد يصح اعتبار الشبه
بالاسقاط عملا بالشبهين وتوفيرا لحظهما جميعا بقدر الامكان ولا تقابل ان ابرا الكفيل اسقاط محض
حتى لا يرتد بالرد فوجب ان يصح تعليقه بالشرط لانا نقول ابرا الكفيل وان كان اسقاطا الا انه
لا يحلف به كابرا الاصيل فيصح تعليقه بشرط متعارف ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف وقد مر نظيره
في كتاب الكفالة هذا كله مما افادني استاذي والذي اشار في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله
ايضا كما في الحوالة يعني ان البراءة مما يتقيد كالحوالة فانها تتقيد لان الحوالة على نوعين مطلقة
ومقيدة الى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه الله ووجدت بخط شيخي رحمه الله يعني ان الحوالة تتقيد
بشرط السلامة خصوصا في الحوالة المقيدة فانه اذا احال رجلا على رجل من ثمن متاع باعه ثم فسخا
البيع عادت الحوالة الى ذمة المحيل فكانت الحوالة في تقييدها بشرط السلامة نظير مسالتنا وان
ابرا الخمسمائة مقيد بشرط تسليم الخمسمائة في الغد ويستخرج البداية في الابرا هذا عرز لما قاس عليه
ابو يوسف بقوله كما اذا بدا بالابرا والصحيح الذي وعد هو في قوله والثالث اذا قال ابراتك
من خمسمائة من الالف على ان تعطي الخمسمائة غدا الى اخره وهذه المسالة على وجوه اي وجوه خمسة
ووجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق الابرا باداء بعض الدين لا يخلو اما ان بدا بالاداء ام لا فان
بدا به فلا يخلو اما ان يذكر معه نفي الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط ام لا فان لم يذكره
فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدا بالاداء فلا يخلو اما ان بدا بالابرا ام لا فان بدا
فالوجه الثالث وان لم يبدا بالابرا فلا يخلو اما ان بدا بحرف الشرط ام لا فان لم يبدا فالوجه الرابع
وان بدا فالوجه الخامس **قوله** رحمه الله والابرا منه واقع اي بالاجماع لانه اطلق الابرا
اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا لان العوض ما لا يكون حاصلا له وها هنا اداء الخمسمائة حاصل له
لانه واجب عليه بدون ابرا بعضه وذكر الامام المحبوبي رحمه الله ان قوله ابراتك عن خمسمائة ابرا مطلق
فاعا يصير مقيدا من حيث انه يحتمل اعطاء الخمسمائة عوضا عن الابرا وهو لا يصلح عوضا ان كان يصلح شرطا
فمن حيث انه لا يصلح عوضا لا يصير الابرا مقيدا ومن حيث انه يصلح شرطا يصير مقيدا فلا يصير مقيدا بالشك
لوقوع الشك في تقييده بالشرط اي في تقييد الابرا **قوله** رحمه الله فعل اي اجر رب الدين دينه
عمن قال هذا القول او حط من دينه شيئا جاز عليه اي جاز هذا التصرف وهو التاجيل والحط على رب الدين
اي نافذ ولازم عليه حتى انه بعد التاجيل لا يتمكن من مطالبته في الحال وفي الحط لا يتمكن من مطالبته بما حط

ابدا

فصل

[illegible]

قوله

[illegible]

بائعي اي مؤدي دينه لا مقتض اي لا مستوف دينه واما قلنا ان هذا قضا لنصيبه من الدين لا اقتضا
لان احد الدينين يصير قضا عن اولهما لان القضا لا يسبق الوجوب واما تشاركه الاخر فيما يقبض
باذ القابض بهذا الطريق فلما قضا شيئا لا يكون للاخر ان تشاركه فيه كما لو ابراه من نصيبه او وهبه
له ولذلك لو جنى عليه جناية دون النفس جناية يكون ارشها خمسمائة كذا في المبسوط ولو ابراه ممن
النقض كانت قيمته الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرا احد
الشريكين عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة ولو اخر احدهما
من نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله ولا يصح عندهما اعلم ان هذا الذي ذكره من صفة الاختلاف
مخالف لما ذكره في عامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها حيث ذكروا فيها قول
محمد رحمه الله مع قول ابي يوسف رحمه الله فقال في المبسوط وغيره واذا كان لرجلين على رجل الف
درهم من ثمن بيع حالة فاخر احدهما حصته لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله وجاز في قول ابي
يوسف رحمه الله ومحمد وذكر في التتمة والذخيرة قول محمد رحمه الله في انه يجوز التاخير مخالفا لقول
ابي حنيفة رحمه الله ولم يذكر قول ابي يوسف ثم هذا الاختلاف بينهم كيف ما كان في اثبات التاخير
اما اذا اقر احد الشريكين ان الدين مؤجل الى سنة وانكر الاخر صح اقرار المقر في نصيبه بالاجماع
وهو حجة ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فانهما يقيسان اثبات التاجيل على الاقرار بالتاجيل كذا
في المبسوط **قوله** رحمه الله لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض **فان قلت** ههنا
سؤالان احدهما ان ابا حنيفة رحمه الله لم لم يجعل الابرا المطلق من احد الشريكين قسمة الدين قبل
القبض وجعل الابرا الموقت وهو التاخير من احدهما قسمة الدين قبل القبض مع ان في كل منهما تصرفا
من احد الشريكين في نصيبه على وجه يخالف به وصف احد النصيبين للاخر فكان به تمييز حاصل لاحد
النصيبين من الاخر وهو في معنى القسمة فكان ينبغي ان يجوز كلاهما او لا يجوز كلاهما فما وجه الفرق لابي
حنيفة رحمه الله بينهما والثاني ما المعنى الفقهي في عدم جواز قسمة الدين قبل القبض **قلت**
اما الفرق فانه لا يلزم في ابرا نصيبه قسمة الدين قبل القبض لانه لا يبقى نصيبه بعد الابرا اصلا والقسمة
انما تكون بعد مع بقا نصيب كل واحد منهما وفي التاخير بقي نصيب كل واحد منهما في اصل الدين في
حاله حتى ان الاخر اذا قبض نصيبه بعد حلول الاجل كان للمؤخر ان يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي
مشتركا بينهما والباقي هو ما كان مؤجلا فلما بقي نصيب كل واحد منهما وفي التاخير في اصل الحق كان
لابد ان يقال بالقسمة ليتميز وصف النصيبين بان احدهما مؤجل والاخر حال وانما قلنا ان هذا
قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر في الوصف والحكم اما في الوصف فانه يقال لاحد
النصيبين حال وللاخر مؤجل واما في الحكم فان للساكت ان يطالب المديون بنصيبه في الحال وللمؤخر
لا والقسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للاخر والثاني من الفرق منهما اي في جواز
الابرا وعدم جواز التاخير وجود الضرر وعدمه وذلك لان في تصرف المؤخر اضرارا بالشريك واحد
الشريكين اذا تصرف في نصيبه على وجه يلحق الضرر لصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب
احد الشريكين في العبد نصيبه كان للاخر ان يبطل الكتابة ولذلك ههنا في التاخير ضرر دون
الابرا بيان ذلك انه يحمل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا اخر نصيبه ثم استوفى
النصيب الاخر فهو يشاركه عند حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون مؤنة
المطالبة في جميع الدين على شريكه ودفعه من الضرر لا يخفى بخلاف الابرا فانه لم يبق تصرفه هناك
اضرار لشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك واما الجواب عن السؤال الثاني وهو ان قسمة
الدين قبل القبض انما لا يجوز لانعدام حد القسمة لعدم شرطها وهو وجود النصيبين فصاعدا وذلك لان القسمة تمييز وما في الذمة لا يتصور فيه التمييز وفي العين القسمة بدون التمييز لا يحصل
بيانه انه لو كان بين رجلين صبرة طعام وقال لا اقتسما على ان هذا الجانب لي والجانب الاخر لك لا يجوز هنا
ولان في القسمة يملك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه وتمليك
الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل اخر قصدا والانتقال
على الاوصاف محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة الى هذا اشار في المبسوط

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

[illegible]

شراد

ق

وذكر الامام القاضي الدبوسي التعليل في هذه المسالة في جانب ابي حنيفة رحمه الله بالتزوج بحصة
الدين مثل القبض وقال عامة مشايخنا رحمهم الله يحتجون في المسالة بان التاجير يؤدي الى قسمة الدين
قبل القبض وانه محال الى ان قال وهذا كلام ظاهر الاختلال لان ابا يوسف ومحمد رحمهما الله قالا
التاجيل لا يوجب القسمة لانه تصرف في المطالبة فاصل الدين شيء ما كان مشتركا بينهما وبالتاجير
تغير صفة نصيب احدهما بان لا يبقى مطالبته للحال وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة
الا ترى ان احدهما لو اقر بان نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك فانه كان مضافا اليه والان
صار مضافا الى غيره وكذلك لو كان عينا لا يحتمل القسمة فوهب احدهما نصيبه لاجنبي وسلم صح والشركة
باقية وقد تغير المالك وتغير الصفة لان حكم الهبة يخالف حكم المشتري ولكن الامام المحقق شمس الائمة
السرخسي رحمه الله في المبسوط اختار هذا التعليل المذكور في الكتاب وقال وانما قلنا ان هذا قسمة
لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر في الوصف والحكم والقسمة ليست الا هذا فان القول
ما قالت حذام والاستيجار بنصيبه قبض صورة المسالة اما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم
فاستاجر احدهما بنصيبه من الالف دارا من المديون سنة وسكنها فاراد شريكه المستاجر اتباعه
فان له ذلك لانه صار مقبضا نصيبه وقد قبض ما له حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع
البضع من المنافع حكم المال من كل وجه عند ورود العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان دينا في الذمة
بدلا عن المنفعة كما في غيرها من الاموال كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر الامام شمس
الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط بعد ما ذكر ان الاستيجار بمنزلة القبض حتى ان للاخر ان يرجع
على المستاجر بنصف نصيبه قال وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله هذا اذا استاجر احدهما
بخمسماية اي مطلقا من غير اضافة الى نصيبه من الدين ثم صار قصاصا بنصيبه فاما اذا استاجر
بحصته من الدين لم يكن للاخر ان يرجع عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال
مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتبار ما لا مطلقا لشريكه وكذا الاحراق وفي
بعض النسخ الاصداق ولكن في المبسوط وغيره ذكر الاحراق وفي المنظومة الف لهم على زيد
لعمرو وعمر احرق عمرو ثوب زيد يبر ولانه عطف عليه قوله والتزوج به اتلاف يجب ان يكون
المعطوف غير المعطوف عليه ولا يوجد ذلك في لفظ الصداق فصل صورة المسالة المختلف فيها
ما اذا رمي بالنار على ثوب المديون فاحرقه واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت
ان يتبع المحرق بالاجماع لانه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب وذكر حكم الغصب لانه بمنزلة
قبض حصته من الدين فيرجع عليه الشريك بربع الدين اذا كان الثوب يساوي خمسماية بالاجماع وما
ذكر في المبسوط في تعليلهما يدل على صحة هذا القيد فان محمدا رحمه الله يقول انه بالاحراق صار
قابضا متلفا مال مضمون فيكون ذلك كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة
فيجعل المحرق مقتضيا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرجع عليه بشيء لانه متلف نصيبه بما صنع
لا قابض فالاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه
من الدين لم يكن للاخر ان يرجع عليه بشيء فكذلك اذا جنى على ما له بالاحراق والتزوج به اي
التزوج بنصيبه من الدين اتلاف حتى لا يرجع الاخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه لو تزوج احد
الشريكين المديونة على خمسماية ولكن لم يضف الى الدين فان ثمة يتبع الساكت الزوج لان
الزوج صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة فيرجع عليه ولا كذلك اذا اضاف العقد الى الدين
لان النكاح تعلق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الابرا وهنا لا يتبع كذا هنا كذا في مبسوط
شيخ الاسلام رحمه الله في ظاهر الرواية هذا احتراز عما روى بشر عن ابي يوسف رحمه الله ان للاخر
ان يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين كذا في المبسوط وذكر في الايضاح ولو كان دين بين
شريكين على امراة فتزوجها احدهما على حصته من الدين فقد اختلفت الرواية فيه عن ابي يوسف رحمه
الله ففي رواية يرجع بنصف حقه من ذلك لان القبض وقع بطريق المقاصة كما في بدل البيع وفي
رواية لا يرجع وهو قول محمد رحمه الله لان ما سلم له لم يكن الشاركه فيه نصيب فالدين وان صار
مقبوضا لكن لا بد من النظر فيما سلم فاذا لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه لم يظهر معنى الزيادة

رحمه الله فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة دين فيصح الصلح وان كان يحتمل أن يكون

قوله

فصل

قوله

فان قلت

قلت

فاذن الله تعالى من شي فهو بيننا نصفان او على ان لك ربعه او خمسه او عشره واما شرايطها المصححة
فكثيرة منها ان يكون راس المال من الاثمان المطلقة فكل ما يصلح راس مال الشركة يصلح لراس مال
المضاربة والا فلا وقد ذكرناه في الشركة ومنها ان يكون الربح جزءا مشاعا في الجملة واما اذا عين
فقال على ان لك من الربح مائة درهم او نحوها لا يصح ومنها انقطاع يد رب المال عن راس المال حتى قالوا
في المضارب اذا دفع الى رب المال المضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة ومنها اعلام قدر ربح
لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد ومنها كون راس المال معلوما عند العقد حتى
لا تقع في المنازعة في الثاني والعلم به باحد الطريقين اما بالاشارة او بالتسمية ومنها ان يكون
راس المال عينا لا دينا فالمضاربة بالديون لا تجوز حتى ان من كان له على اخر الف درهم فامره صاحب
الدين ان يعمل بها مضاربة لا تجوز المضاربة لان سبيل مال المضاربة ان يكون امانة في يد المضارب لان
المضارب امين في حق راس المال ولا يتصور ان يكون المضارب امينا فيما عليه من الدين واما الشروط
الفاسدة منها فعلى نوعين نوع منها يفسد الشرط في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة كما كانت فانه اذا قال
رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر عملت فيها للمضاربة فالمضاربة جائزة والشرط
باطل ولو دفع الفا مضاربة بالنصف وعلى ان يدفع رب المال ارضه اليه يزرعها سنة او على ان يسكن
داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه ان يدفع ارضا
لا يزرعها رب المال سنة او يدفع دارا لرب المال فيسكنها سنة فسدت المضاربة لان رب المال جعل
نصف الربح عوضا عن عمله واجرة لداره فصار حصة العمل مجهولة وذكر شيخ الاسلام رحمه الله
واول المضاربة ان المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة واذا شرط للمضارب ربح عشرة يفسد لا لانه
شرط فاسد لكن لانه شرط ينتفي به الشركة في الربح واما حكمها فنقول حكم المضاربة شرعا صيرورة
المضارب وكيلا بعد تسلم راس المال اليه لانه امره بالشراء ويكون راس المال امانة في يده لانه قبضه
باذن المالك ليرده عليه فكان بمنزلة الموضوع وفي الاسبيجابي اذا ظهر الربح يصير شريكا لانه يستحق
بعض الربح وانما سمينا هذه الاشياء حكم المضاربة لان حكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بالمضاربة هذا
كذا في المبسوط والتحفة والذخيرة والمغرب وغيرها وذكر في الاسرار قال اصحابنا رحمهم الله المضاربة
تنعقد لايجاب الشركة في الربح كالشركة تنعقد لايجاب الشركة في العمل وراس المال لكن شركة المضاربة
راس المال من جانب صاحبه والعمل من جانب العامل لرب المال يقول فلان عني فعلك فعيل اذا كان
قليل الفطنة وهو اوكي كالشقي الصغر بكسر الصاد الخالي يقال بيت صفر من المتاع ورجل صفر اليدين
قوله رحمه الله وبعث النبي عليه الصلوة والسلام والناس يباشرونه هذا بيان ان هذا العقد
ثابت بالسنة وقال في المبسوط ثم جواز هذا العقد عرف بالسنة والاجماع فالسنة ما روي ان العباس
بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة بضاربه شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل
واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاستحسنه فقدر المدفوع الى المضارب امانة في يده واذا اراد رب المال ان يجعل المال مضمونا على المضارب
فالحيلة في ذلك ان يقرض المال من المضارب ويشهد على ذلك شهودا ويسلمه اليه ثم ياخذ منه مضاربة
بالنصف او بالثلث ثم يدفع الى المستقرض يستعين به في العمل حتى انه لو هلك في يده هلك كالقرض عليه
واذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة اخرى ان يعرض جميع المال من المضارب
الا درهما واحدا ويسلمه اليه ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان على ان يكون راس مال المعرض
درهما وراس مال المستقرض جميع ما استقرض عليه ان يعمل جميعا وشرط على ان الربح بينهما ثم بعد ذلك
يعمل المستقرض خاصة في المال فان هلك المال في يده فالقرض عليه على حاله ولو ربح فالربح بينهما على
الشرط كذا في شرح الطحاوي رحمه الله وقبضه بامرها لكه لا على وجه البدل احترازا عن المقبوض على سوم
الشراء والوثيقة اي لا على وجه الوثيقة احترازا عن الرهن واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب
العامل اجر مثله بخلاف الشركة فان الشريك لا يستحق شيئا سوى الربح المشروط في العقد كذا في الايضاح
ومراده الشركة في الربح يعني بلا الشركة في راس المال مع الربح لان راس المال لرب المال ولا مضاربة بدونها
اي بدون الشركة ولا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير عنده

كتاب المضاربة

ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله او فلوسا رائجة عند محمد رحمه الله حتى ان المضاربة عا سوى هذه
الاشيا لا تجوز اجماعا كذا في الذخيرة وحاصله ان العروض لا تصلح لراس مال المضاربة عندنا خلافا
لمالك رحمه الله وكذلك المكيل او الموزون خلافا لابن ابي ليلى رحمه الله وقال مالك المضاربة بالعروض
تصح لان العرض مال متقوم تسترخ عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد فيما هو المقصود بالمضاربة وكما
تجوز المضاربة على العروض تجوز اذا او ها بالعروض ولكنا نستدل بنهي النبي عليه الصلوة والسلام
عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بالعروض تؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب وربما ترتفع قيمتها
بعد العقد فاذا باعها حصل الربح واستحق المضارب نصيبه من غير ان يدخل في ضمانه بخلاف النقد
فانه يشتري به واما يقع الشراء بثمن مضمون في ذمته فما يحصل له يكون ربح ما قد ضمن واما اذا كان راس
المال مكيلا او موزونا من غير النقود فالمضاربة فاسدة ايضا وقال ابن ابي ليلى رحمه الله انها جائزة
لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصيل راس المال مثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا في ذلك
ان المكيل والموزون يتعين في العقد كالعروض واولها التصرف بها يكون بيعا وقد يحصل بهذا البيع
ربح بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجارا للبيع باجرة
مجهولة وذلك باطل كما في العروض كذا في المبسوط واعمل به مضاربة في ثمنه جاز وقال الشافعي رحمه
الله لا يجوز لما ان حل اليه الشراء بثمن ما حصل اليه ببيعه فجاز ان يكون بيع كما لو قال وكلتك
ببيع هذا العبد وشراء هذا بثمنه والمسالة مبنية على جواز تعليق الوكالة بالخطر كذا في شرح الاقطع
لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة اي لان عقد المضاربة يقبل الاضافة الى زمان
في المستقبل فيجب ان يكون المشتمل لهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا
لئلا يخالف الكل الجزء فان الشذور الذهبية من جوهر الذهب لا محالة وذكر في الايضاح واضافته عقد
المضاربة الى زمان في المستقبل جائز لانا ان اعتبرنا معنى الوكالة او الوديعة او الاجارة فليس في شي
من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى وقت في المستقبل وكذلك في المضاربة وفي المبسوط ولو قال لعبدي
هذا واقبض ثمنه واعمل فيه مضاربة بالنصف فهو جائز على ما اشترطا لانه وكله ببيع العبد اولا
ببيع الوكيل له كبيعه لنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض من دراهم او دنانير وهو امانة في يد
الوكيل فعقد وجد شرط صحة المضاربة والكرمانيه انه اضاف عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض
الثمن وذلك لا يفسد المضاربة عند ابي الكره ان يقول بعه وخذ الثمن مضاربة على ان الربح بيننا نصفا
لان بيع العبد ليس من المضاربة وقد صار كانه شرطه فيها ولهذا الكره فان شبهه الشرط كحقيقته
في وجوب التحرز عنه قال عليه الصلاة والسلام من اتقى الشبهات سلم له دينه واما اذا قال خذ
هذا العبد مضاربة وقيمته الف درهم على ان راس مالي قيمته على ان تبيعه وتشتري بثمنه وتبيع فما رزق
الله تعالى على ان الربح بيننا نصفان وهذه مضاربة فاسدة لان راس المال فيه العبد وهو بعين كسائر
العروض ولا يمكن ان تجعل قيمته راس المال لان القيمة تختلف باختلاف المقومين ولا يمكن تحصيل
هنا لتظهر الربح بعدها وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز وكذا اذا قال
الاجنبي اقبض من المديون جميع مالي عليه واعمل به مضاربة بالنصف فقبض المامور بعض ما على المديون
ثم عمل به مضاربة فهو جائز **فان قلت** يشكل على هذا ما اذا قال للاجنبي فاقبض جميع الالف التي
لي على فلان ثم اعمل بها مضاربة فقبض المامور نصف ما على المديون وعمل به مضاربة فانه لا يجوز وكلتا
الصورتين مستويتان الا ان الاول بالواو والثانية بثم **قلت** نشأ الفرق ايضا من ذلك
وذلك لان حرف ثم للتعقيب مع التراخي فهو اخر الامر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال فاذا قبض
جميع الالف لا يأتي اوان العمل بالواو مضاربة واذا عمل بالبعض قبل ان يقبض الكل كان مخالفا الا ترى انه
لو قال لزوجته اقبضي جميع المال الذي على فلان ثم انت طالق فقبضت البعض دون البعض لم تطلق
ولو قال اقبضي جميع الالف التي على فلان وانت طالق طلقت للحال قبل ان تقبض شيئا اذ لم يرد الا
واو الحال واما في قوله اقبض من المديون جميع ما لي عليه واعمل به مضاربة فلان راس المال فيه ما قبضه
اعتبارا للبعض بالكل لان الواو للعطف من غير ان يقتضي الترتيب فكان هو في كل جزء من المال مامورا بالقبض
والعمل به مضاربة واذا قبض البعض وعمل به كان ممتثلا امر رب المال كذا في باب شرط المضارب

وبيعه مضاربة المبسوط ... الى قوله لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل على ان
... اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة ... وكان قوله بعد ذلك
[illegible]

قوله [illegible]

فان قلت [illegible]

قلت [illegible]

ولكن يد المتصرف ثابتة فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة
وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى لما كان مالكا للمال
اذا احصل المال في يده نفذ وجد بيد المالك فلازم المضاربة وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة
في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق للمولى فيه فصار كالاجنبي واما المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم
تفسد المضاربة لان المولى ابعد من مال المكاتب منه من مال المأذون لانه ليس له ان ينتزعه من يده
فصار كالاجنبي كذا في الايضاح واذا صحت المضاربة مطلقا سواء كان لا يكون مقيدا بزمان
والامكان فقال في الذخيرة واذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة
مطلقة وله ان يشتري به ما بدا له من سائر التجارات لان المطلق يتناول الانواع كلها وله ان
يعمل ما هو من عادة التجار كالابضاع جاز للمضارب ان يبيع اي بالنقد والنسيئة عندنا وقال
ابن ابي ليلى رحمه الله ليس له ان يبيع بالنسيئة لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة
والتصرف فيه فيكون ضدا لما هو مقصود رب المال بمنزلة الاقراض الا ترى ان البيع بالنسيئة
من المريض يعتبر من الثلث فعرفنا انه بمنزلة التبرع ولكنا نقول البيع بالنسيئة من صنيع التجار
وهو اقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو الربح فالربح في الغالب انما يحصل بالبيع بالنسيئة
دون البيع بالنقد ولان تسليط المضارب على المال ليس مقصود رب المال انما مقصوده تحصيل
الربح بطريق التجارة وذلك حاصل والدليل على ان البيع بالنسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى
الا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فبهذا تبين ان التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك
الا البيع بالنسيئة كذا في المبسوط وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ان يسافر وفي المبسوط
وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ان يسافر به ما لم يأذن
له فيه صاحب المال لان فيه تعريض المال على الهلاك وجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب
ان اشتقاق المضاربة من الضرب في الارض وانما يتحقق ذلك بالمسافرة الى اخره ثم قال وروي
عن ابي يوسف رحمه الله انه قال ان دفع المال في مصره وهو من اهل ذلك المصر فليس له ان يسافر
وان دفع المال في غير مصره فله ان يسافر به لان الغالب في المقام ان الانسان يرجع الى وطنه
لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه
دليل الرضا بالمسافرة بالمال عند رجوعه الى وطنه وذلك لا يوجد فيما اذا دفع المال اليه وهو
مقيم في مصره ولكن هذا التفصيل فيما له حمل ومؤنة بناء على ما روينا عن ابي يوسف رحمه الله
المودع انه لا يسافر بالوديعة اذا كان لها حمل ومؤنة وقوله والظاهر ما ذكر في الكتاب
اشارة الى قوله والمسافرة اي والمسافرة من صنيع التجار فينتظم العقد لما هو من صنيع التجار التي
تتضمن مثله اي لا يستتبعه لتساويهما في القوة **فان قيل** يشكل على هذا جواز اذن المأذون
لعبده فان المولى اذا اذن لعبده في التجارة واشترى عبده المأذون عبدا فاذن له في التجارة يجوز
سواء كان عليه دين او لم يكن والاذن مثل الاذن ومع ذلك يضمنه هناك والرواية في شرح
الطحاوي والذخيرة والايضاح وكذلك يشكل على هذا ايضا جواز الكتابة للمكاتب والاجارة
للمستاجر والاعارة للمستعير فانه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده وللمستاجر ان يواجر وللمستعير ان
يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وهذه الاشياء كلها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها
لا وجه له **قلنا** اما على رواية شرح الطحاوي فلا اشكال لانه قال والاصل ان الشيء يتضمن
ما هو مثله او دونه ولا يتضمن ما هو فوقه فتضمن الاذن الاذن والكتابة الكتابة وكذا في غيرها
مما هو مثله واما على هذه الرواية فانما افترقت المضاربة والاذن في التجارة من حيث تضمن الامانة
وعدم تضمنها فان اول العقود التي تضمنتها المضاربة الامانة وليس للمودع ان يودع الى اخر
الا باذن المالك فلذلك ليس للمضارب ان يضارب الا باذن المالك ولا كذلك اذن العبد في
التجارة لان الثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة ثم العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالكية
الاصلية وعن هذا قلنا ان الاذن بالتجارة لا يتخصص بنوع دون نوع بل الاذن في نوع يكون اذنا
في الانواع كلها وكذلك لا يتخصص بمكان دون مكان ولا زمان دون زمان بل يعم الاماكن والازمان

[illegible]

قوله

[illegible]

ولكن

لها ولما كان لذلك كان فك الحجر عن التجارة بمنزلة اسقاط الملك عن العبد بالاعتاق لان فك الحجر
عبارة عن اسقاطه بمنزلة المعتق بعتق عبده وكذلك الماذون باذن عبده واما المضاربة ففيها
معنى الوديعة والوكالة كما ان المودع لا يودع والوكيل لا يوكل فلذلك المضارب لا يضارب والمعنى
فيه ان الاذن لما كان بناوه على التعميم في صنوف التجارة تناول الاذن ايضا لان الاذن من صنع
التجار فملكه الماذون واما المضاربة فليست هي في اقتضا التعميم مثل الاذن لان المضاربة الا ترى
انها تتخصص بالحصة في نوع من انواع التجارة ولذلك تختص بالزمان والمكان عند التخصيص
بخلاف الاذن ولان فيها معنى الامانة والوكالة وان كانت المضاربة تتناول المضاربة
من حيث انها من صنيع التجار ولكن لا يتناولها من حيث ان فيها معنى الامانة والوكالة لان الاصل
التناول فلا يتناول المضاربة بالشك كذا في الذخيرة وغيرها واما الجواب عن فصل الكتابة
والاجارة والاعارة فيجي في مواضعها وفي المبسوط ولا يدفع المال مضاربة لان بالدفع مضاربة
يسوي غيره بنفسه في حق الغير وهو لا يملك ذلك الا ترى ان الوكيل بالبيع مطلقا لا يوكل به غيره
ولانه يوجب لغيره شركة في الربح ورب المال لم يرض بالشركة لغيره في ما له والانسان لا
يرضى بالشركة بل ايضا لان الشركة بمنزلة الدفع مضاربة او اقوى منه بيرقال فان قيل البس ان العامل
باذن لغيره من ما له المضاربة في التجارة ويصح ذلك منه والاطلاق التصرف بالاذن في التجارة
الدفع مضاربة واما الفرق بينهما او فوقه قلنا قد روى ابن رستم عن محمد انه لا يملك الاذن
في التجارة بمنزلة الدفع مضاربة واما الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الماذون لا يصير شريكا
في الربح فيكون الاذن في التجارة نظير الابضاع لا نظير الدفع مضاربة والشركة به بخلاف الاولى
حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك هذا وانما له يجي بعد هذا في فصل فيما يفعله المضارب
مفصلة انواعه لانه لا يجوز الزيادة عليه اي على الغرض فانه اذا اقرض عشرة ليسوق منه
احد عشر لا يجوز فلما لم يحصل الربح الذي هو الغرض لم يتناوله اللفظ والذي هو موضوع
هذا الغرض وهو لفظ المضاربة فيدخل تحت هذا القول وهو قوله اعمل برايك لان الشركة والخلط
ما له من صنيع التجار فيملكها المضارب عند هذا القول وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه
هذا احتراز عن سوق بعينه فان ذلك غير مفيد حتى جاز له ان يجاوز السوق التي عينها الا اذا
صرح التخصيص بطريق النهي فقال لا تعمل في غير هذا السوق حينئذ يتقيد بذلك السوق الذي
عينه على ما ذكر في الكتاب وفي التخصيص فائدة فيتخصص والفائدة نوع احدها انه قصد
صيانة ماله عن خطر الطريق فان المال في السفر بعرضية التلف والقطع واليه اشار رسول
الله عليه الصلوة والسلام في قوله ان المسافر وماله على قلت الا ما وقاه الله تعالى لذا المودع لو
قال للمودع احفظ الوديعة بالكوفة يجب مراعاة هذا الشرط عليه وكذا هذا والثاني انه قصد
صيانة ماله عن خيانة المضارب فانه اذا كان يعمل بالكوفة لو قصد الخيانة في ما له امكنه الله
عنها فكان شرطا مفيدا والثالث ان الاسعار من حيث الغلاء والرخص تختلف باختلاف البلاد
وكذا النقود تختلف باختلاف البلدان من حيث الجودة والرداءة فكان شرطا مفيدا والرابع ان
المضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة وفي السفر يستحقها في مال المضاربة
فكان الشرط مفيدا والشرط متى كان مفيدا يجب اعتباره كذا ذكره الامام قاضي خان والامام الحلوا
فان اشترى ضمن لم يرد ابتدا الضمان بالشرا بل الضمان واجب بالاخراج عنها لكن اراد به استقرار
الضمان على ما ذكر في الكتاب وكان ذلك له اي وكان المشترى ملكا خاصا للمضارب لانه
تصرف بغير اذنه فصار غاصبا فلم يبق مضاربا وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه اي ولو
كان اشترى ببعضه في المصر اي في المصر الذي عينه لما قلنا اشارة الى قوله لبقا في يده بالعقد
السابق واما اذا اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم اشترى بما بقي منه في الكوفة فهو مخالف فيما
اشتراه بغير الكوفة ضامن لذلك القدر من المال وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف
منه في ذلك القدر وفيما بقي من المال فهو متصرف على المضاربة لانه ليس من ضرورة صيرورته مخالفا
ضامنا لبعض المال انفساخ المضاربة فيما بقي فالحكم يتقرر فيه الخلاف والبعض معتبر بالكل كذا في

الشرط الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق يعني حينئذ لو عمل به في
غير السوق يكون مخالفا ضامنا لانه صرح بالحجر والولاية اليه **فان قلت** يشكل هذا
بما ذكر في الذخيرة فانه لو قال على ان تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد او قال بع بالنسيئة ولا تبع
بالنقد فباع بالنقد جاز ولا يكون مخالفا مع تصريح النهي واطلقه ايضا لان السعر بالنقد
[illegible] **قلت** هذه مخالفة الى خير فلا تكون مخالفة [illegible]
[illegible] اذا او كله بان يبيع عبده بالف درهم فباعه بالفين فانه يجوز [illegible]
[illegible] كان التقييد بالسوق والنهي عن غير السوق [illegible]
[illegible] صفة حسنة وكذلك حكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محله [illegible]
[illegible] في محلة اخرى يختلف الاستحفاظ باختلاف اماكن المصر [illegible]
[illegible] المصر متباين اطرافها حصل كمكانين واحدا في [illegible] شرط الانفا والمصر [illegible]
[illegible] لو كان مفيدا من كل وجه يعتبر سواء قرنه بالنهي او لم يقرنه [illegible]
[illegible] من كل وجه لا يعتبر سواء قرنه بالنهي او لم يقرنه ولما كان ذكر السوق مفيدا من وجه
[illegible] على ما ذكرنا اعتبرناه حالة النهي [illegible] الاذن بخلاف [illegible]
والنهي عن البيع بالنقد فانه غير مفيد من كل وجه فلم يعتبر [illegible] الحفظ في الوديعة
[illegible] امة الحفظ بالبيتين [illegible] على المودع [illegible] الحفظ بالبيت [illegible]
[illegible] الاخر والنهي عنه سوا كان او [illegible] المودع لا تضعها في [illegible]
[illegible] كذا ها هنا كذا في الذخيرة والجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله ومعنى
التخصيص اي واللفظ الذي يستفاد منه التخصيص هذه الالفاظ التي ذكرها وهي قوله ان يقول
على ان تعمل كذا الى اخره وفي المبسوط واذا دفعه اليه مضاربة على ان يعمل به في الكوفة ليس له
[illegible] كله على الشرط والشرط في العقد متى كان مفيدا يجب اعتباره [illegible]
صاحب المال ليكون ما له محفوظا في المصر وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة وهو
[illegible] بالجزم على جواب الامر وبالرفع على الحال اعلم ان مجموع هذه الالفاظ [illegible]
[illegible] شرطا واثنان منها لا يعتبر شرطا الستة فهو قوله دفعت اليك المال مضاربة
بالنصف على ان تعمل بها بالكوفة او لتعمل بها بالكوفة او تعمل بالكوفة بالجزم او تعمل بالرفع او
فاعمل بها في الكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة واما اللذان لا يعتبر شرطا
قوله دفعت اليك مضاربة بالنصف فاعمل بها في الكوفة بالواو او قال دفعت اليك مضاربة
[illegible] بالكوفة [illegible] ولا يجب مراعاته في هاتين الصورتين حتى لو خرج بالمال من الكوفة لا يصير
[illegible] الاصل في معرفة الشرط من المشورة ان رب المال اذا ذكر عقيب لفظة المضاربة
[illegible] لا يستقل بنفسه ولو اعتبر متعلقا بما تقدم يصح فانه يعتبر متعلقا كيلا يلغو وحتى ذكر
عقيب لفظة المضاربة كلاما يستقل بنفسه ولو اعتبر متعلقا بما تقدم لا يتغير الصورة والتعليق
اذا ثبت هذا فنقول في الالفاظ الستة لا يستقيم الابتدا بالمذكور بعد المضاربة لانه لا يستقيم
الابتدا بقوله على ان يعمل بالكوفة وكذلك في اخواتها فاعتبرناه متعلقة بما قبلها مضاربة بمعنى
الشرط واما قوله اعمل بالكوفة مما يستقيم الابتدا به ولذلك فاعمل لان الواو مما يجوز ان يبتدا به
فاعتبر كلاما مبتدا غير متعلق بما قبله فلم يصر شرطا بل كان مشورة من رب المال كانه قال انك
ان فعلت كذا كان احسن وانفع وكذا قالوا لو قال الرجل لامراته انت طالق او انت دخلت
الدار انت طالق للحضير [illegible] حتى يقع الطلاق في الحال كذا ها هنا كذا في الذخيرة والجامع
الصغير للامام المحبوبي وقال في المبسوط ولو قال خذه مضاربة تعمل به في الكوفة او قال
فاعمل في الكوفة فيعمل به في غير الكوفة وهو ضامن لان قوله يعمل به تفسير لقوله خذه
مضاربة الا ان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وقوله فاعمل به في معنى التفسير
ايضا لان الفا للوصل والتعقيب والذي يتصل بالكلام المبهم ويعقبه تفسيره كذلك ولو
لو قال خذه مضاربة بالنصف بالكوفة لان البا للالصاق وذلك يقتضي ان يكون موجب

[illegible]

كان المضاربة فيجبر رب المال بين ان يسترد المقبوض من البايع ويرجع البايع على المضارب بمثله وبين

ان يضمن

ان يضمن المضارب شيا لذلك لانه قضي بالمضاربة دينا عليه هذا كله من المبسوط لم يجز له ان يشتري من
يعتق عليه اي على المشتري وهو المضارب لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال اي على قول ابي
حنيفة رحمه الله او يعتق اي على قولهما ولا في ملكه الزيادة اي نصيبه من الربح فصار كما اذا ورثه
مع غيره صورته امراة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجا واخا ويسعى في ثمه نصيبه منه
اي نصيب رب المال من العبد وهو راس المال ونصيبه من الربح وذكر في المبسوط وعليه السعاية في راس
المال وحصة رب المال من الربح لتتميم العتق لانه احتبس ذلك القدر عنده من ملك رب المال فعليه ان
يسعى له في ذلك احتبست ماليته عنده اي عند العبد والمدعي موسر قيد به لنفي الشبهة وهو ان الضمان
بسبب دعوة المضارب ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فينبغي
ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع ذلك قال لا يضمن حملا على فراش النكاح وهو الاستناد
بالنكاح لكنه اي لكن الادعا كما قال المضاربة اذا صار اعيانا لا يظهر الربح كما لو اشترى بالف المضاربة
عبدين كل واحد منهما يساوي الفا لا يظهر الربح وبدون الملك لا يصح الاستيلاد وها هنا ايضا الجارية
وولدها كل واحد منهما مشغول براس المال فلا يظهر الربح واذا كان كذلك لا يظهر للمضارب نصيب
في الجارية ولا في ولدها حتى لو اعتقهما المضارب لا ينفذ عتقه فيجعل في الحكم كان كل واحد منهما
ليس معه الاخر فلا يصح الدعوة ويضمن المضارب عقر الجارية لاعترافه بوطي جارية مملوكة لرب المال
واذا امتنع وجوب الحد لمكان الشبهة وكان العقر في المضاربة وللمضارب ان يبيعها وولدها جميعا
فان قلت يشكل على هذا الذي ذكر بان مال المضاربة اذا صار اعيانا لا يظهر الربح اما اذا كان المضارب
معه راس المال الف درهم اشترى بها عبدا يساوي الفين كان له الربح وكذلك لو اشترى بها عبدين كل
واحد منهما يساوي الفا كان له ربحهما حتى لو وهب الربح لرجل وسلمه اليه صح **قلت** هذا الذي
ذكرته مما يتشبث به زفر رحمه الله في اثبات مذهبه بان المضارب لو اشترى بها عبدين كل واحد منهما
يساوي الفا يعتق للمضارب الربع من كل واحد منهما لانه ربح الفا فيكون له النصف وهو ربع كل واحد
منهما استدلالا بهاتين المسالتين الا انا نقول ان حقه في الربح ولا يتحقق الربح الا بعد تحصيل راس المال وقد
ثبت من مذهب ابي حنيفة رحمه الله ان العبيد بين اثنين لا يقسمون جملة بل كل واحد يكون بينهما على حياله
واذا اعتبر وحده لم يفضل منه شي على راس المال بخلاف المرتين لانهما يقسمان جملة واذا اعتبر جملة
حصل الفضل ربحا وكذلك لو كان العبد واحدا وكذلك مذهبهما لانهما يقولان ان العبيد بمنزلة اجناس
مختلفة حكما الا ترى ان الصلاح في الجمع او يتراضوا على ذلك ولم يوجد ذلك في مسالتنا كذا في الاسرار
فان قيل لماذا لا يجعل الجارية راس المال وجميع الولد ربحا لما ان الجارية كانت متعينة لراس المال
قبل الولد فيجب ان تبقى كذلك **قلنا** ان تعينها كان لعدم المزاحم لانها راس المال لان راس المال الدراهم
وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها لراس المال ثم انا لا نعين احدهما لراس المال لان احدهما ليس
اولى من الاخر للتعين لراس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة وثبت
النسب منه لان الدعوة كانت صحيحة حملا لامره على الاستيلاد بحكم النكاح ولكن لم ينفذ لعدم الملك بخلاف
ما اذا اعتق الولد اي المضارب اذا اعتق الولد ولا يضمن لرب المال شيئا يعني موسرا كان او معسرا لان
نفوذ العتق لمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه وهو ظهور الفضل في قيمته وذلك يمنع وجوب الضمان عليه
لشريكه كما لو ورث بعض قريبه **فان قلت** الضمان هنا يجب بالافساد بدعوته وذلك صنع منه
قلت لا كذلك بل الافساد حصل بالدعوة وزيادة القيمة جميعا والاصل ان الحكم متى ثبت بعلة
ذات وصفين يحال به الى اخر الوصفين وجودا اذا وجدا على الترادف اصله مسالة السفينة والقدح
لعله الاخر ودليله ما روي عن ابي بكر ان رجلا اقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات فقال ابو بكر اياك والرا
فانها الموجبة فاذا ثبت ذا لتضمين صرا الى الاستسعا لان الالف الماخوذ لما استحق براس المال لكونه
مقدما في الاستيفا وانما صار هو مقدما لراس المال لان راس المال دراهم والالف الماخوذ من الاستسعا
دراهم فكان هو من جنسه فكان هو اولى بالاستيفا من الجارية ثم ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما
ولذلك اذا ازدادت قيمتها على الف حتى صار المضارب شريكا فيها بنصيبه ولذلك بخلاف ضمان الولد لانه
ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد ولما صارت الجارية ربحا فعقرها الواجب على المضارب

[illegible]

يصير ربحا ايضا فصلون بينهما وقوله على ما مر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك فالملك اخرهما ولا صنع له فيه هذا كله مما ذكره الامام المرغيناني رحمه الله خان والمحبوبي رحمهم الله والله اعلم بالصواب

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية لان الثانية تتلو الاولى ابدا فكذا حكمها او يقول لما ذكر حكم المضاربة المفردة ذكر في هذا الباب حكم المضاربة المركبة والمركب ابدا يتلو المفرد وقد ذكرنا قبل هذا في الكتاب ولا يضارب المضارب الا ان ياذن له رب المال لان الشيء لا يتضمن مثله وقد ذكرناه وبما ورد عليه من الشبهة ثم المضارب لو دفع الى غيره مضاربة بغير اذن المالك وان كان لا يجوز له ذلك فاخذ ذلك الغير منه ولم يخلطه حتى ضاع من يده فلا ضمان على المضارب ولا على الذي اخذ منه قبل عمل الذي اخذ منه في ظاهر رواية علمائنا الثلاثة لانه لو وجب الضمان اما ان يجب بمجرد العقد ولا وجه اليه لان مجرد العقد قول وجهة الانشاء وانه لا يوثر في ضمان المال ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا يجوز ان يجب الضمان على الاول بالتسليم لاجل التصرف وعلى الثاني بالقبض لاجل التصرف بعد هذا شرط ابو حنيفة رحمه الله للضمان تصرف الثاني مع الربح لا بمجرد التصرف وهما اكتفيا بمجرد التصرف وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح وهو ظاهر الرواية هكذا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله في المبسوط وجعل وجوب الضمان بمجرد العمل ظاهر الرواية لاصحابنا رحمهم الله وجعل اشتراط الربح مع العمل لوجوب الضمان رواية ابو يوسف رحمه الله هذا كله من الذخيرة وهذا الدفع على وجه المضاربة لان الكلام فيه فيضمن الاول بالدفع ولا بالاخذ لما ان كل واحد منهما صار ضامنا كالمودع اذا اعاد الوديعة من غيره كذا في المبسوط وكان الحاكم قبله ابى قبل العمل الى الحال موقوف ان عمل ضمن والا فلا والعملان على كل منهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح الى اخره لانه متى ربح الثاني فقد ثبت له الشركة في الربح والربح ملك رب المال وانبات الشركة في مال الغير سبب الضمان فاما قبل الربح فالموجود مجرد التصرف وانه ليس بسبب الضمان وهذا لانه انما يصير مضمونا اذا صار ربحا لغيره وذلك باشتراك الغير في ربح ماله ولهذا اذا ابضع او اودع لانه ليس في ذلك اشتراك الغير في الربح والشركة في الربح لا يتحقق قبل حصول الربح بسبب الخلاف انما يتحقق اذا حصل الربح كذا في الذخيرة والمبسوط وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة اي الضمان عليهما عند الربح او بالعمل على الاختلاف الذي ذكرنا انما اذا كانت المضاربة صحيحة ثم اطلق لفظ المضاربة ولم يذكر ان المضاربة الاولى او الثانية لتناول كلامهما فان المراد بها كل واحد منهما سواء كانت الاولى او الثانية او كلتيهما جميعا والدليل على الذي قلته ما ذكره في الذخيرة فقال وانما يجب الضمان عليهما اذا كانت المضاربتان جايزتين فاما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال في يد الثاني فلا ضمان لان الضمان على الاول بسبب اشراك الثاني في الربح واذا كانتا فاسدتين ما اثبت الاول للثاني شركة في الربح بل استاجر الثاني ليعمل في مال المضاربة والمضارب اذا استاجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة فعمل الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذلك ان كانت الاولى جايزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان الثانية اذا كانت فاسدة لا تثبت للثاني شركة في الربح بل يكون اجيرا وللمضارب ان يستاجر اجيرا ليعمل في مال المضاربة وكذلك اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جايزة لان الاولى متى كانت فاسدة تكون المضاربة الثانية فاسدة ايضا لانها لا تفيد الشركة في الربح لان الربح كله لرب المال ان كانت الاولى فاسدة فلا تفيد الثانية الشركة في الربح وكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح تكون فاسدة واذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا تثبت للثاني شركة في الربح والضمان انما يجب اذا اثبت للثاني شركة في الربح **فان قيل** اذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الاولى لا تاتي هذا التقسيم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جايزة **قلت** المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول من الربح مائة او نصف الربح مع زيادة مائة والمشروط للثاني نصف الربح او ثلثه هذا كله من الذخيرة اما المضارب الثاني فيعمل فيه لينتفع نفسه لغير اذن رب المال لا على الوجه الذي رضي به اي رب المال فان رب المال لم يرض بما يعمل به المضارب الاول وان

(margin) المراد بها كل

سمن

ثم ان بعد هذا ان شا الله تعالى بطلت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد وهو
رب المال مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشرا وكان عقدهما المضاربة على ما اشترطا بخلاف الوكالة
فان الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما لم تعد الوكيل على وكالته اذا لم يتصل قضا
القاضي بلحاقه فلان هنا عرضت العبية فلا يوجب عزل الوكيل ولا بطلان المضاربة واما بعد اللحاق
والقضا به فالوكيل انما ينعزل لخروج محل التصرف عن ملك الموكل واما هاهنا لا يبطل لمكان حق المضارب
كالوامات حقيقة كذا في المبسوط لانه يتصرف له اي لان المضارب يتصرف لاجل رب المال فكان تصرف
المضارب بمنزلة تصرف رب المال فلو تصرف رب المال هو المرتد فالمضاربة على حالها اي في وقوفهم
حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك
جائز والربح بينهما على ما اشترطا لان توقف تصرفه عند ابي حنيفة رحمه الله لتعلق حق ورثته بماله
او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه
عن رب المال او هو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك ولهذا نفذ تصرفه والعهدة فيه
منه ما باع واشترى على رب المال في قول ابي حنيفة رحمه الله لان حكم هذه العهدة تتوقف بردته وهذا
انه لو لزمته العهدة لكان قضى ذلك من ماله ولا تصرف له في ماله فاذا انتجت العهدة عنه فان قيل
على ردته تعلق من انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا توكل بالشرا للغير وبالبيع وفي قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله فحاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل الردة فالعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال
كذا في المبسوط والايضاح فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك وفي هذه المسالة يخالف المضارب
الوكيل ثم المالك منعه عزل رب المال عن بيعها ملك بيعها نقدا ونسية حتى لو نهاه رب المال عن
البيع نسية لا يعمل نهيه وكذلك لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة هكذا ذكر في الايضاح
فقال وليس لرب المال ان ينهاه وان نهاه لم يتعلق بنهيه حكم حتى ينض نحو ان يقول لا تبع نسية
لان حق التصرف ثابت له فانه يحتاج الى ان يبيعه ليظهر الربح فاذا نهاه عن ذلك فقد ابطل حقه
في التصرف فلم يصح واذا لم يملك عزله حتى ينض لم يملك التخصيص لان ايضا لانه عزل من وجه واما
اذا نهاه عن المسافرة لم يصح نهيه على الروايات المشهورة لانه يملك المسافرة باطلاق العقد وعلى الرواية
التي لا يملك المسافرة الا بتعميم التفويض اليه فالنهي صحيح ينضنض المال خروجه من الحجر او نحو ذلك وسيلانه
قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك اي تيسر وحصل وفي الحديث يقتسمان ما نض بينهما
من العين اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم والدنانير
كذا في المغرب **قوله** رحمه الله له ان يبيعها بجنس راس المال انما قيد به لانه ليس له ان يشتري
بالنقد العروض وان لم يكن النقد من جنس راس المال فانه ذكر في الذخيرة واذا كان مال المضاربة
من خلاف جنس راس المال من كل وجه بان كان مال المضاربة عرضا فنهاه رب المال اياه لا يعمل
نهيه لا يعمل الان يصير مال المضاربة مثل راس المال وان كان مال المضاربة من جنس راس
المال من حيث الثمنية الا انه من خلاف جنسه من حيث الحقيقة بان كان راس المال دراهم ومال
المضاربة دنانير او على العكس يعمل نهي رب المال اياه عما هو شرا من كل وجه حتى لا يملك شرا العروض
به ويملك صرفه بما هو من جنس راس المال اي مال المضاربة وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض
يعني اذا مات رب المال والمال عروض فللمضارب ان يبيع العروض حتى ينض راس المال ونحوها
بان كان راس المال دراهم والمال دنانير كان له ان يبيع الدراهم بالدنانير كما في العزل وفي الذخيرة
وكل جواب عرفته في الفصول كلها اذا منع رب المال المضارب عن التصرف فهو الجواب فيما اذا مات
رب المال وعزله لا ينعزل بموت رب المال فقد سوى بين العزل العقدي والحكمي في حق المضارب
في كل موضع لم يصح العزل الحكمي لان العزل العقدي في حق المضارب انما لم يصح لما فيه من ابطال
حق مستحق للمضارب وذلك لا يتفاوت بين العقدي والحكمي لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على
ايفا ما تبرع به ولا يقال انه قد وجب رد راس المال عليه على الصفة التي اخذ فينبغي ان يجبر على الاقتضا
حتى يكون مثل ما اخذ لانا نقول الواجب عليه دفع يده لا التسليم كالمودع فاذا احال به فقد ازال اليد عنه
فلا يلزمه اكثر منه كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله السمسار اسم لمن يعمل للغير بالاجر بيعا او شرا ودوي وفيني

[illegible]

[illegible]

قوله

[illegible]

قوله

[illegible]

عن ابي غرزة الكناني رضي الله عنه قال كنا نبتاع الاوساق بالمدينة ونسمي انفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله عليه الصلوة والسلام فسمانا باسم هو احسن من اسمنا وقال يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة واذا دفع الرجل الى سمسار الف درهم وقال اشتر بها لي زطيا باجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استاجره لعمل مجهول فان الشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات استاجره على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء لا يتم به ما لم يساعده البائع على البيع وكذلك ان سمى له عدد الثياب او استاجره ليبيع طعاما او يشتري له فالحيلة في جوازه هذا هو ان يستاجره يوما الى الليلة باجر معلوم ليبيع له او يشتري له فهذا جائز لان العقد يتناول منافعه ههنا معلوم ببيان المدة والاجر قادر على ايفاء المعقود عليه الا ترى انه لو سلم نفسه اليه في جميع المدة استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع او شرا بخلاف الاول فان المعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر ما لم يتم اذا لم يتم العمل وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد اذا اشار له امره بالبيع والشرا ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ عن العمل مثل الاجر وابو حنيفة رحمه الله كان يقول فان التعويض في هبة الاعيان مندوب اليه عند الكل وكذلك في هبة المنافع وقد احسن اليه بالاعانة فاما جزاء الاحسان الا الاحسان كذا في باب السمسار من اجارات المبسوط وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال الى قوله ثم ازداد الربح حتى يستوفي رب المال راس المال صورة هذا ما ذكره في المبسوط واذا دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا واقتسما الربح فاخذ كل واحد منهما خمسمائة لنفسه وبقي راس مال المضاربة في يد المضارب على حاله حتى هلك او عمل بها فوضع فيها او توى بعدما عمل بها فان قسمتهما باطلة والخمسمائة التي اخذها رب المال تحتسب من راس ماله فيغرم له المضارب الخمسمائة التي اخذها لنفسه فيكون له من راس ماله وما هلك فمن الربح لان الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال قال صلى الله عليه وسلم مثل المومن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه او قال فرائضه وهذا لان راس المال اصل والربح فرع وما بقي من راس المال في يد المضارب فهو امين فيه فاذا هلك من عمله او من غير عمله لا يكون مضمونا عليه ولكن ما هلك كان لم يكن فتبين ان الباقي من المال كان مقدار الالف وصل الى رب المال من ذلك خمسمائة واخذ المضارب من ذلك لنفسه خمسمائة وما اخذ لنفسه فهو مضمون عليه فيغرم لرب المال الخمسمائة التي اخذها حتى يصل اليه كمال راس ماله وقسمة الربح ها قبل وصول راس المال الى رب المال بمنزلة قسمة الورثة التركة مع قيام الدين على الميت ولو ان الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين وقسموا ما بقي ثم هلك المعزول قبل ان يصل الى الغرما بطلت القسمة وعليهم ضمان ما اخذوا لحق الغرما لان حق الغرما سابق على حق الورثة في التركة فكذلك هنا حق رب المال في راس المال سابق على حقهما في الربح وذكر في الذخيرة اعلم ان قسمة الربح قبل قبض راس المال موقوفة ان بقي ما اعد لراس المال في يد المضارب حتى قبضه رب المال كانت القسمة جائزة وتبين ان المقسوم كان ربحا وان هلك ما اعد لراس المال في يد المضارب قبل قبض رب المال كانت القسمة خارج نقص باطلة وتبين ان المقسوم كان راس المال والحيلة لهما ان لا تنتقض تلك القسمة ان يستوفي رب المال راس ماله او لا ثم يقتسمان الربح ثم يرد راس المال على المضارب ويقول له اعمل بها على المضاربة التي كانت وتكون هذه مضاربة مستقبلة لو هلك المال في يد المضارب بعد ذلك لا تنتقض القسمة الاولى لا يوجب انتقاض الاول اي لا يوجب انتقاض الاقسام الاول

فصل

فيما يفعله المضارب ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة وقوله لا يبيع التجار اليه هو صفة للنكرة لا جواب المسالة اي الى اجل طويل بحيث لا يبيع التجار اليه بان باع الى عشر سنين ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وهذا الحكم الذي ذكر في حق المضارب الخاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص رب المال التجارة في شيء بعينه كان له شرا السفينة والدواب لانه ذكر في المبسوط ولو كان رب المال دفع المال اليه مضاربة بالنصف ولم يسم ما يشتري به فاشترى به طعاما وسفينة يحمل عليها الطعام او اشترى دواب جاز ذلك على المضاربة لانه للتجارة

منهما على الشرط كذا في المبسوط والجامع الصغير لصدر الاسلام رحمه الله وذكر في الدخيرة وبيداء راس
المال ثم يثني بالنفقة ثم يثلث بالربح وانما يبدا براس المال مع ان في المال دينا وسبيل المال ان تقدم
الا ترى انه لو كان في المضاربة دين آخر تقدم على راس المال لان النفقة بدل عمل المضارب وبدل
عمله من الربح فلذا يبدا به قبل النفقة وان هلك مال المضاربة لم يرجع على رب المال بشي لان النفقة
بدل عمله وبدل عمله في المال وان كان انفق من مال المضاربة قبل ان يشتري بها شيئا يستوفي رب
المال راس المال اولا وذلك الف وكان ينبغي ان يستوفي حصة به لان اكل المضارب باخذ رب المال
لاكل رب المال بنفسه والجواب ان محل النفقة الربح الا انه كان للمضارب ان ينفق من راس المال قبل
ظهور الربح ليصير ما انفق من راس المال دينا للمضاربة حتى ظهر الربح فاذا ظهر الربح وجب استيفا ذلك
من الربح فان باع المتاع مرابحة يعني بعد ما انفق حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه لا اجر السمسار
والقصار والصباغ ولا يحتسب ما انفق على نفسه بيان هذا فيما ذكر صدر الاسلام رحمه الله في الجامع
الصغير وقال يريد بهذا ان ما انفق على المتاع يضم الى راس المال ويبيع مرابحة على الكل حتى لو اشتراه
بالف درهم واستاجر دوابا لحمله الى مصر بمائة درهم فانه يبيعه مرابحة بالف ومائة ولكن لا يقول
اشتريته بالف ومائة بل يقول قام علي بكذا والجملة في ذلك ان ما يوجب زيادة في راس المال حقيقة
او حكما يضمه الى راس المال بان اشترى ثيابا وصبغها من مال المضاربة او حملها ونقلها من بلد الى
بلد من مال المضاربة يضمه الى راس المال لان هذا يوجب زيادة في القيمة من حيث الحكم او من حيث
الحقيقة فيكون في معنى الثمن فله ان يضمه الى راس المال فان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الحمرة لان
السواد نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله واما سائر الالوان فمثل الحمرة كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله
في الجامع الصغير بخلاف القصارة بفتح القاف لان القصارة بكسر القاف حرفة القصار وبالفتح
فعله بقصد دق الثوب يعني بخلاف القصارة والحمل فانه ليس بعين مال لانه يزيل الدرن ولا يزيد
فيه شيئا ويبقى الثوب ابيض على ما كان اصله فلما كان كذلك لا يصير شريكا لان شركة الاملاك
انما تكون بالمال ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب
ثوب انسان بغير اذنه فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا بغير عوض واما اذا
كان الغاصب صبغه احمر او اصفر لم يكن للمالك ان ياخذه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شا اخذ الثوب
واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شا ضمنه جميع قيمة الثوب ابيض
يوم صبغه وترك الثوب عليه فلما كان كذلك ينبغي ان لا يكون المضارب اشقى حالا من الغاصب في
حق الصبغ حتى لا يهدر صبغه كما هدر قصارته ثم ها هنا لم يضمن المضارب بصبغه احمر وان لم يكن
ماذونا فيه والغاصب يضمنه على الوجه الذي ذكرنا وانما لم يضمن المضارب بصبغه الثوب احمر
ها هنا مع انه لم يكن له ولاية الصبغ لان لصبغه احمر جهتين مختلفتين احدهما يقتضي جواز فعل
الصبغ له والاخرى تقتضي عدم جواز فعل الصبغ له اما جهة الجواز فهي ان في صبغه احمر خلط
المال المضاربة بمال نفسه لان قيمة الثوب ازدادت بصبغه احمر والصبغ عين مال المضارب القائم
في الثوب الذي هو مال المضاربة فكان خلطا ولهذا المضارب ولاية الخلط لان الكلام في المضارب الذي
قال له رب المال اعمل برايك وله فيه ولاية الخلط ولما اختلط ماله بمال المضاربة صار هو شريكا
لرب المال فاما جهة عدم الجواز فان في صبغه احمر معنى الاستدانة على مال المضاربة لان بهذا الصبغ
يزداد قيمة الثوب وما انفق في الصبغ يكون دينا على رب المال اذا لم يكن فعله تعديا ثم هو لا يملك
الاستدانة على رب المال الا بالتنصيص عليها ولا يملكها بمجرد قوله اعمل برايك فلما دار فعله في صبغ
الحمرة بين كونه ماذونا وبين كونه غير ماذون على الوجه الذي ذكرنا انتفى نقله عن فعل الغاصب
حتى صار شريكا ولم يضمن بخلاف الغاصب فانه لا يصير شريكا في العين بهذا الفعل بل يصير
ضامنا او انحط درجته عن درجة المضارب الماذون فيه من كل وجه حتى لم يبع فعله ذلك مضاربة
بل اذا بيع الثوب فما يخص قيمة الثوب الصبغ من الثمن يكون للمضارب وما يخص قيمة الثوب الابيض
كان على المضاربة وهو نظير ما ثبت الربح في الغنية فالغنية في صبغ الغير فان صاحب الصبغ يكون شريكا
حتى يباع الثوب فيقسم الثمن بينهما على قيمة الصبغ وقيمة الثوب بخلاف القصارة والحمل فانه لما لم يبق

عين للمضارب في الثوب لم يبع به الزكاة له وهذا التقدير يخرج الجواب عن شبهة فالوها وهي انه
لما لم يسعد صبغة الثياب على رب المال لكونه استدانه ينبغي ان يضمن كما في الغاصب لوجود الخلط
على وجه لا يمكنه التمييز ويخرج الجواب عن شبهة ايضا وهي ان فعله هذا اما ان يقع ماذونا او غير
ماذون فان وقع ماذونا ينبغي ان يقع على المضاربة وان وقع غير ماذون ينبغي ان يضمن المضارب
كالغاصب هذه فوائد مجموعة من شروح الجامع الصغير للامام شمس الائمة وفخر الاسلام والمحبوبي
وقوله انطام الحلطه اي يتناول قوله اعمل برايك الصبغ احمر كما يتناول ذلك القول الخلط
بمال المضاربة بمال نفسه او بمال الغير ولا يضمنه حتى لو لم يقل اعمل برايك يصير غاصبا فيضمن
والله اعلم **فصل** اخر مسايل هذا الفصل مسايل متفرقة تتعلق بمسايل المضاربة
فلما لم يكن هذه المسايل من انفس مسايل المضاربة التي لا بد للمضاربة منها اخر ذكرها **قوله**
رحمه الله ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة
ومنهما منافاة اعلم ان الرجل اذا دفع الى انسان مالا مضاربة فهلك قبل التصرف فيه بطلت
المضاربة لان العقد انعقد على المال المعين في العقد فاذا هلك محل العقد بطل والقول قول
المضارب في هلاكه ان لم يعلم ذلك مع يمينه لانه بمنزلة المودع ولو استهلك المضارب راس المال
او انفقه او اعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري عليه شيئا لانه صار مضمونا عليه بالتعدي
ومن حكم المضارب ان يكون امينا فان اخذه من الذي استهلكه كان له ان يشتري عليه شيئا لانه
صار مضمونا عليه بالتعدي على المضاربة رواه الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه اخذ العوض
فصار بمنزلة الثمن وروي محمد رحمه الله ان المضارب اذا اقرضه فان رجعت اليه الدراهم بعينها
رجعت على المضاربة لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر فعلا لان العين
وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان كذا في الذخيرة واذا كان كذلك خرج نصيب المضارب وهو
الربع عن المضاربة لكونه مضمونا عليه والمضارب في شرا ربع العبد عامل لنفسه باعتبار حصته
من الربح فلا يرجع بما لحقه من العهدة في ذلك الربع على رب المال واما كون ثلاثة الارباع مضمونة
على رب المال فعير مانع للمضاربة لان رب المال هو الموكل ومراد الضمان انما يكون على الموكل فلذلك بقي
ثلاثة الارباع على المضاربة وكان العامل المضارب في شرا ثلاثة ارباعه كان عاملا لرب المال
فيرجع عليه بما لحقه في ذلك القدر فاذا دفع الالفين الى البايع وقبض العبد وباعه باربعة آلاف
فالحكم كما ذكر في الكتاب كذا في المبسوط وقوله ذلك في قوله وظهر ذلك راجع الى مجموع ما ذكر
قبله وهو خروج نصيب المضارب الذي هو ربع الالفين من المضاربة وكونه ثلاثة ارباع الالفين
لرأس المال وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا انما يظهر فيما اذا بيع العبد باربعة آلاف لحصة
المضاربة ثلاثة آلاف ولكن راس المال منها الفان وخمسمائة والخمسمائة الثانية ربح مشترك بينهما
نصفين على ما شرطا وهو قوله ويبقى خمسمائة ربحا بينهما الى الخمسمائة من ثلاثة آلاف التي هي للمضاربة
ولم يذكر نصيب المضارب الذي كان هو الالف من اربعة آلاف لان ذلك خارج عن المضاربة وحاصل
للمضارب من غير شركة احد واصل هذه المسألة راجع الى معرفة ان ضمان رب المال بسبب هلاك
مال المضاربة غير مانع للمضاربة فيكون ما ضمنه للمضاربة ثم ما ربح من المضارب منه كان ربحا
مشتركا بينهما على ما شرطا وضمان المضارب البايع بسبب هلاك مال المضارب مانع لان يكون ذلك
المضمون للمضاربة وتحقق هذا على الوجه فيما ذكره فخر الاسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير
فقال في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين
ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين دفع ربعها للمضارب لان ربع
الثمن له وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي
على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة فاذا ملك ربعها فاخرج ذلك
من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان منافيا لهذا ولو انفسخ
على المضاربة لا نطلنا ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضاربة لنفسه وهو لا يجوز
ثم لو باع الجارية باربعة آلاف كان ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلاثة آلاف للمضاربة

على المضارب لان ضمان رب المال لا يلائم المضاربة ولا يصح ما يضمن بل ياتي راس المال واذا كان كذلك
كان راس مال رب المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين الا ان فيه شبهة العدم اي
شبهة عدم جواز البيع فصار كانه لم يبع رب المال من المضارب شيئا وقد مر في البيوع اي في باب المرابحة
في قوله واذا كان مع المضارب عشرة دراهم فاشترى بها عبدا قيمته الفان وقتل العبد رجلا خطا
لو كانت قيمته الفا كمذ بين الجناية الى رب المال لان الرقبة على ملك لا ملك للمضارب فيها فان اختار
رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لانه استبقى بالفداء مال المضاربة وله
ذلك لان الربح سيظهر كذا في الايضاح ثم اعلم ان العبد المشترى في المضاربة اذا جنى جناية خطأ
فالعبد لا يدفع بالجناية حتى يحضر المضارب ورب المال سواء كان الارش مثل قيمة العبد او اقل او اكثر
لان الملك مشترك بينهما وكذلك ان كانت قيمة العبد الف درهم لا غير جنى جناية لا يدفع الا بحضرتهما لان
المضارب له في العبد حق ملك حتى ان رب المال لو اراد ان ياخذ العبد ويمنعه من البيع لم يكن له
ذلك كالعبد المرهون اذا جنى جناية خطأ لا يدفع الا بحضرة الراهن والمرتهن لما ان الراهن صاحب
الملك والمرتهن صاحب الحق والحاصل انه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء لان
الفداء ملك خالص لرب المال فكان لكل واحد منهما ان يفديه كالاجنبي وهذا بخلاف ما لو كانت قيمته
مثل راس المال واختار رب المال الدفع واختار المضارب الدفع والفداء جميعا حيث يدفعه رب المال
لا شركة للمضارب حقيقة وفي الامتناع عن الفداء منفعة في حق ولي الجناية فيثبت لرب المال ولاية
الدفع فان كان احدهما غائبا وقيمة العبد الف درهم ففداه الحاضر كان متطوعا لانه ادى دين غيره
بغير امره وهو غير مضطر فيه فانه لو اقام البينة على الشركة لا يطالب بحصة صاحبه لا بالدفع والا
بالفداء فكان متبرعا كالاجنبي كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله واذا فديا خرج العبد من المضاربة
اما نصيب المضارب لما بيناه اشارة الى ما ذكر في المسألة المتقدمة بقوله ويخرج نصيب المضارب
وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه وذكر الامام قاضي خان والمحبوبي ولا يكون الدفع والفداء
الى المضارب خاصة لان الدفع والفداء ليس من احكام المضاربة لان المقصود من المضاربة الاسترباح
والفداء والدفع ليس باسترباح فلهذا كان ذلك اليهما فان شاءا دفعاه وان شاءا فدياه وايهما فعل
ابطل عقد المضاربة اما الدفع فظاهر لان مال المضاربة صار هالكا واما الفداء فلان العبد بالجناية
صار كالزايل عن ملكهما الى الجاني ولان بالفداء يتميز نصيب احدهما من نصيب الاخر حكما فان المضارب يفدي
الربع الذي هو نصيبه ورب المال يفدي ثلاثة ارباعه وفي المضاربة اذا تميز نصيب المضارب من
نصيب رب المال تبطل المضاربة اذا تميز بالقسمة فصار الفداء من كل واحد منهما نصيبه في معنى القسمة
والقسمة توجب انتهاء المضاربة وكذلك بالدفع على ما قلنا بخلاف ما تقدم اراد به ما اذا ضاع
الالفان في المسألة المتقدمة حيث لا ينتهي المضاربة هناك بل بقيت على ما كانت وذكر في الفوايد
الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال عن المضاربة وهنا يخرج
والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان التجارة وضمان التجارة لا ينافي المضاربة والواجب هنا ضمان
الجناية وضمان الجناية ليس من التجارة في شيء فلا يبقى على المضاربة فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف
الوكيل وذكر الامام المحبوبي ثلاثة اوجه في الفرق منها احدها ما ذكر في الكتاب والثاني
انا لو لم نحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف
اخرى ضاع ذلك اصلا اما هنا حق رب المال لا يضيع اذا حمل على الامانة لانه يلحق براس المال
والثالث من الربح ولو حمل على الاستيفا يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالثة
ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعين فاما المضارب فلا ينعزل
بالشرا وتصرف في كل شيء لرب المال فيرجع عليه في كل مرة والله اعلم **فصل**
في الاختلاف لما بين احكام مسايل الاتفاق فيما بين رب المال والمضارب شرع في بيان مسايل
الاختلاف منهما لما ان الاصل هو الاتفاق ولان اتفاقهما مبني على تصادقهما لما كان عقدا اسدا عند
المضاربة والاصل هو ان يصدق المسلم المسلم فيما قاله لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض
ابدا بالمقدار لان الاختلاف اذا وقع في صفة المقبوض فالقول قول رب المال على ما يجي من كون

المال في يد ذي اليد قرض او بضاعة وعن هذا خرج الجواب عن سؤال من سأل بالفرق بين ما اذا قال رب المال العين كان القول للمضارب وبين ما اذا قال رب المال والمال عندك بضاعة كان القول قول رب المال وفي مثله اي وفي مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض ضمينا كالغاصب او امينا كالمودع الا ترى انه لو انكر القبض اصلا كان القول قوله فكذا في مقداره يكون القول قوله كذا في الايضاح ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح اي لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في راس المال صورته ما ذكره في الايضاح وقال و اذا اختلف رب المال و المضارب في راس المال و الربح فقال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي النصف فالقول قول المضارب في مقدار راس المال والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح فالقول فيه لرب المال لان المضارب يدعي الزيادة فيما شرط له و رب المال ينكر ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال في يدك بضاعة فالقول قوله فكذلك فيما انكر الزيادة فيما شرط له و ايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت اي بينة رب المال تقبل فيما ادعى من الفضل في راس المال و بينة المضارب تقبل فيما ادعى من الفضل في الربح و البينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التمليك اي تمليك الربح فالبينة بينة المدعي وهو ينكر فكان القول قول رب المال عند عدم البينة لانكاره التمليك عليه **فان قلت** ما وجه الفرق بين هذا وبين ما اذا انعكست صورة المسألة بان ادعى رب المال العرض وادعى المضارب المضاربة فالبينة هناك بينة رب المال و القول قول المضارب **قلت** وجه الفرق فيه انعكاس العلة لان رب المال لما ادعى العرض و المضارب المضاربة وقد اتفقا على ان الاخذ كان باذن و رب المال يدعي ضمانا وهو ينكر فالقول قوله و البينة بينة رب المال لانه مدع للضمان فالبينة بينة المدعي كذا في الايضاح وقال الاخر وهو المضارب فالقول للمضارب في دعوى العموم اي مع اليمين كذا في المبسوط اعلم ان العموم في المضاربة ثابت بالتنصيص عليه بشيء يقتضي لفظة المضاربة وهو فيما قال في الكتاب وان قال المضارب دفعت الي المال مضاربة بالنصف ولم تسم شيئا وقال رب المال دفعت المال مضاربة في البز او في الطعام فان كان قبل التصرف فالقول قول رب المال لانه يملك ابطال رب المال العموم فيما له عن العموم ولو ثبت العموم بالنص او باتفاقهما بنفاه رب المال عن العموم قبل التصرف يعمل نفيه فها هنا اولى وان كان هذا الاختلاف بعد التصرف فالقول قول المضارب مع يمينه استحسانا وان كان رب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا كذا في الذخيرة لان الاصل فيه العموم و الخصوص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص و الدليل على هذا الاصل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح و يملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى مطلق العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة فاذا ثبت ان مقتضى مطلق العقد العموم فالمدعي لاطلاق العقد متمسك بما هو الاصل و الاخر يدعي تخصيصا زائدا مرجحا راجلا كذا في المبسوط و البينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان عن نفسه و رب المال ايضا يحتاج الى اثبات ما ادعاه ليحصل حجة البينة بل بينة رب المال اولى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعت البينات لاثبات الامر العارض عن الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا اهم اثباتا مل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده ايضا واما صاحب الذخيرة رحمه الله فذكر مساعيه فجعل حكم بينتي المضارب و رب المال في دعوى الخصوص و العموم وفي دعواهما الخصوص واحدا فقال في دعواهما الخصوص و العموم فان اقاما البينة فان وقتتا و وقتت احداهما قبل صاحبه يقضي بالبينة التي سبقت اخر الامرين و يكون هذا من باب العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه اذن له بالعموم اولا ثم نهاه عن العموم و اذن له بالخصوص او لا ثم اذن له بالعموم وان لم توقت البينتان وقتا او وقتتا وقتا على السواء او وقتت احداهما وقتا دون الاخرى يقضي ببينة رب المال لانه يتعذر القضاء بهما لانهما لا يجتمعان معا و لا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا بالترتيب و اذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبينتين فيعمل ببينة رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت هكذا ذكره الاصل و في العيون ... اذا اقاما البينة فان نص شهود المضارب انه اعطاه مضاربة في كل تجارة فالبينة بينته وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب المال و اذا اتفقا على الخصوص و اختلفا في النوع

كتاب الوديعة



الا ان اذا كانوا من اهل ولاية اخذ المال فاما اذا كانوا سفهاء غير بالغين مصلحين لا يدفع اليهم ويمسك الى
ان يزول السفه وحل في المبسوط ما ذكر من الشبهة وجه القياس ثم قال وجه الاستحسان ان المطلوب
منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله على ما كان
دليل لزوم العالم لستعين كاسب عمر وساكنه يحفظ ثم اعلم ان جواز الدفع الى من في عياله وجواب لا سيما
اذا الدفع عن الدفع اليه واما اذا انتهى الجواب على التفصيل على ما جئ في كتابنا هذا وايضا ان جواز الدفع
الى من في عياله اذا علم المودع ان من في عياله امين والا فلا يجوز الدفع اليه وان لم يسمه لانه ذكر في
فتاوى ابي الليث رحمه الله رجل غاب وخلف امراته في منزله الذي فيه ودايع الناس ثم رجع وطلب
الوديعة فلم يجدها فان كانت المراة امينة فلا ضمان على الزوج وان كانت غير امينة وعلم الزوج بذلك
سفرا ترك الوديعة معها فهو ضامن من اذ عن هذه المسالة اسحرا فسالة ضاربة واقعة
الفتوى صورتها بيم ما ن يتم ما لعلام حرس ما ند فذهب الغلام بودايع الناس فانفقت اجوبة
المفتين انه يتم بان ضامن سواد ان علم ان غلامه سارق ولص يامين كذا في الذخيرة والمغني وذكر
هنا ايضا في تفسير العيال فقال والحاصل ان العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة للنفقة
الا ترى ان المراة اذا اودعت وديعة فدفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها
لانهما يسكنان معا والا ترى ان الابن الكبير اذا كان ساكنا مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج
المودع من المنزل وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن فعلم ان العبرة لما قلنا وذكر الامام التمرتاشي رحمه
الله ذكر الامام الحلواني رحمه الله عن محمد رحمه الله المودع دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله
او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه كان يحفظ فايه في ماله
كان الوديعة ثم قال وعليه الفتوى وبعض هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال
فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله بحرزه وبيد من كان في ماله
بيده ثم قال ويحفظ بيد من كان ماله في يده المستاجر الذي استاجره مشاهرة بنفقته وكسوته
والعبد الماذون الذي في يده ماله والشريك المفاوض والعنان وان لم يكونوا في عياله وهذا
يعلم ان العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة وان يحفظها بغيرهم بان كانت الوديعة في بيت المودع
واسحفظ المودع الوديعة في بيته بعض بان ترك الوديعة والغير في بيته وخرج هو بنفسه او اودعها
غيرهم بان نقل الوديعة من بيته ودفع الوديعة الى اجنبي ودفعه ضمن **فان قلت** ينبغي ان لا يضمن
الدفع الى الاجنبي على وجه الايداع فانه ذكر قبيل هذا لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه
الذي يحفظ مال نفسه ثم المودع يودع مال نفسه الى الاجنبي حتى انه صار هو مودعا لغيره فينبغي ان
يملك ايضا ايداع الوديعة الاجنبي لانه استحفاظ للوديعة كاستحفاظ مال نفسه **قلت**
خرج الجواب عن هذا بقوله لان المالك رضي بيده لا بيد غيره واما قوله فيما قبل هذا لان الظاهر
انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه اراد به غالبا فان المرء في الغالب يحفظ
مال نفسه بمن هو في عياله لا بالاجنبي فانه يخرج من بيته لا يستصحب بنفسه جميع ما هو في بيته
من الملبوسات والمفروشات والمطعومات والمشروبات وهي كلها ملكه وذلك استحفاظ منه لماله
بمن في عياله فينصرف قوله لحفظ مال غيره ايضا الى مثل هذا الاستحفاظ وهذا الاستحفاظ انما يتحقق
بمن في عياله لا بالاجنبي بكذا في الوديعة ولان المودع اذا دفع الى اجنبي لا يكون هو حافظا لها بل الاجنبي
هو الحافظ والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا ولان الشيء لا يتضمن مثله فقد ذكرها هنا ما ذكرنا
من النقض وجوابه في مسائل المضاربة فانه بالمستعير والعبد الماذون والمكاتب حيث يملكون الاجارة
والاعارة والاذن والكتابة فكان فيه يتضمن الشيء لمثله ثم اعلم ان مسائل النقوض والمشهد
التي مرت مستكة من ابي يعلى رحمه الله في ان للمودع ان يودع غيره وقال شيخ الاسلام رحمه الله في جواب
هذه المسائل ان المستعير مالك للمنفعة والماذون ايضا متصرف بحكم الملك فيملك بالتمليك وكذا
المكاتب والوضع في حرز غيره ايداعه لا يضمن بالوضع في حرز غيره كما يضمن بالايداع غيره وذكر
في الايضاح واذا حفظها في حرز ليس هو في يده فانه ضامن ثم قال والمراد به اذا وضع في حرز غيره فيصير
بالوضع في الحرز كالتسليم الى صاحب الحرز وبذلك الغير الحريق التارد **قوله** رحمه الله الا ان يقع

[illegible]

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

وداره حرق هذا الاستثنا من قوله فان حفظها لعيرهم ضمن وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله اذا وقع
في بيت المودع حريق فدفع الوديعة الى اجنبي فان امكنه ان يناولها لبعض من في عياله فهو ضامن والا
فلا ضمان عليه ولا يصدق على ذلك الا ببينة وفي المنتقى اذا علم انه احرق بيت المودع قبل قوله وان لم
يعلم لا يقبل الا ببينة هذا كله من الوجيز ولعد تحقق السبب اي لعد تحقق سبب الضمان وهو التسليم
الى الجار وقالا اذا خلطها عنسها تركه ان شاء ان شاء ضمنه وان شاء مكنه معنى بالقسمة لان القسمة فيها
لا تساوي احاده افراز وتعيين حتى ذلك ذلك ولحد من الشركين ان ياخذ حصته عنا من غير رضا ولا
رضا وكان امكان الوصول الى حقه فاتما معنى بخيرناه كذا في الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله وله
انه استهلاك من كل وجه لانه ليس لاستهلاك من العباد الا هذا وهو التغييب واما انعدام المحل
متعلق الله تعالى والتغييب قد وجد فكان الاستهلاك موجودا فيصير ضامنا لها تركا والايباح لك
التناول قبل اذا الضمان كذا ذكره الامام بدر الدين الكردري رحمه الله فلا يصلح موجبه اي فلا
يصلح القسمة موجبه للشركة لانه حينئذ ينقلب العلة حكما والحكم علة وخلط الحل بالحل
وهو دهن السمسم بالزيت لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس يعلمون المبادلة واحة فانقطع
طريق وصوله الى عين حقه معنى ايضا لان حقيقة القسمة في الافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس
وهذا يحكى الجنس فلذلك تعذر القسمة ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع
خلط الحنطة بالشعير في الصحيح هذا احتراز عن قول بعضهم بان الجواب في خلط الحنطة بالشعير مثل
الجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان هو محل الاختلاف الذي قلنا فيه ومنهم من قال الصحيح هنا ان
ينقطع حق المالك بهذا الخلط ولا يبقى حق المشاركة عندهم جميعا فانه ذكر في كتاب الوديعة الخالط
ضامن ولم يذكر خلافا ولا ذكر انه يشاركه ان شاء فعلى هذا القول فرق ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
وبين وبين خلط الحنطة بالحنطة ووجه الفرق ان في خلط الحنطة بالحنطة التمييز ان تعذر من
حيث الحقيقة امكن من حيث الحكم بالقسمة فكان من وجه ممكن وها هنا التمييز متعذر من كل
وجه من حيث ان الحنطة لا تخلو عن حبات شعير والشعير لا تخلو من حبات حنطة فصار الخلط دهن الجوز
بدهن الزيت كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله **فان قيل** تمييز الحنطة من الشعير ممكن بان
يصب في ماء فيرسب الحنطة ويطفو الشعير **قلنا** في هذا افساد المخلوط في الحال بعد الحنطة لا تخلو من حبات
شعير والشعير لا تخلو من حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير
لصاحب الحنطة يطفو فعرفنا ان التمييز متعذر بهذا الطريق ايضا فكان خلط الحنطة بالشعير موجبا
للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر كذا في وديعة المبسوط
يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون لصاحب الكثير فيضمن صاحب الكثير لصاحب القليل والفرق لابي يوسف
رحمه الله بين خلط المائع بالمائع من خلاف جنسه وبين خلط المائع بالمائع من جنسه فان في خلاف
جنسه ينقطع الحق بالاجماع فكانه في خلط المائع بالمائع عند اتحاد الجنس اعتبر المتبوع والتداخل مع بقاء
الخاصية لان معنى المتبوع والتداخل في المائعات اكثر فان الخاصية يبطل بالخلط عند اختلاف الجنس
فيتحقق معنى الاستهلاك فيوجب انقطاع حق المالك فاعتبر الكثرة عند اتحاد الجنس في ايجاب الكثرة انقطاع
حق صاحب الاقل لما فيه من التاثير وذلك لان تنبلعها زجاجة يجعل اقلهما مالية هالكا باكثرهما
مالية حتى يصير الاقل ملكا لصاحب الاكثر كذا في الفوائد الظهيرية لانه لم يتعيبها لعدم الصنع منه
اي لعدم الصنع الموجب للضمان منه ولو لم يكن بتقصير منه لكن من المودع بان جعل الدراهم الوديعة في كيس
بال ولكن المختلط مشترك بينهما لعذر ملكهما فان هلك بعضه هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما
على قدر ما كان لكل واحد منهما والاصل في المال المشترك اذا هلك شيء منه ان ما هلك هلك على الشركة
وما بقي بقي على الشركة كذا في المبسوط فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع
قالوا هذا اذا لم يجعل على ما له علامة حتى خلط بمال الوديعة اما اذا جعل بحيث يتاتى التمييز لا يضمن الا
النفقة كذا في الوجيز ثم قيد في الكتاب بالانفاق وورد المثل لانه اذا اخذ بعض الوديعة لينفقه في
حاجته ثم بدا له فرده الى موضعه لم يضمن شيئا من الوديعة فلا ضمان عليه لان دفعه حفظه فلا يكون موجبا
للضمان عليه نوى بمجرد نيته الانفاق في حاجته وبمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان

وهذا

يضيف الشيخ هو الماء ... [illegible]

[illegible] اذا [illegible]

عاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلو كانا فرليس له
ان يسافر من طريق البحر اي الماخوذ عليه الحفظ لا غير ولا نجد احدا في عرف التجار اخراج الاموال الى
الاسفار المقصود للحفظ بل يكون ذلك في الاقتصاد لما في السفر من تعريض المال للهلاك قال صلى
الله عليه وسلم المسافر وما له على قلت الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة
التلف **فان قلت** لا يجوز الاستدلال به لما ان قربان مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن قال
الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن واولى وجوه الحسن هو رعاية عن مواضع وهم
التلف فان ولاية الاب والوصي في مال الصبي مقيد بشرط النظر فلو كان في السفر وهم التلف
لما جاز لهما السفر بمال الصبي ونحن لا نمنع زيادة ثبوت الولاية لهما في التصرف بمال الصغير بالسفر في
البحر لما ثبوت الاسترباح والاستنماء في ماله ولكن مع ذلك تصرفهما مقيد بشرط النظر لان في ان
الشرع جوز في تصرف الاب والوصي في مال الصغير ما لا يجوز من تفويض منافع ذات في الخدمة ونعوتها
لوجه في الاموال الربوية للصغير وما ذاك الا باعتبار زيادة في النظر في ما لهما ثم مع ذلك لما جاز
المسافرة بماله مع تنصيص الشرع على القربان بالوجه الاحسن ينبغي ان يجوز بمال الوديعة بالطريق
الاولى واما الجواب عن عرف الناس فان ذلك مشترك فقد يكون قصد المودع ان يحمل المال اليه حصول
اذا سافر الى البلد الذي فيه صاحب المال ثم فيما قلنا اعتبار لتنصيصه وفيما قاله الخصم اعتبار
للعرف المشترك وهو لا يصلح حجة ويرجح تنصيصه اولى واما الجواب عن الحديث فان مراد رسول الله
عليه الصلوة والسلام من ذلك بيان الحال في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يامنون خارج
المدينة لغلبة الكفار الا ترى ان النبي عليه الصلوة والسلام فيما اخبر من الامر بعين قال يوشك
ان تخرج الظعينة من قادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذيب على غنمها وكلامنا فيما اذا كان
الطريق امنا كالمصر حتى كانت الامكنة كلها في صفة الامن سوا فيجوز **قلت** على تقدير
الامن يلحق صاحب الوديعة بسبب السفر ضرر ايضا وهو ضرر المونة **فان قيل** مونة السفر بالوديعة
الحق رب المال فانما يلزمه مونة الرد وذلك على ربها بحكم عقد الوديعة وانما تعد مكان الرد حكما
للحفظ المنصوص وكان مما دخل تحت العقد **قلت** الوكيل بالبيع اذا سافر بالمبيع الى بلدة
اخرى ضمن وانه مامور بالحفظ كالمودع **فان قيل** الوكيل بالبيع مامور بالبيع لا بالحفظ وانما يحفظ بمقتضى
الامر بالبيع لانه لا يمكنه الا بالحفظ فلا جرم لا يستفيد لمكان الامر في حق البيع فانه باعه في مكان اخر صح
اذ الغرض للنبي البيع حل دونه واذا كان للحفظ ثبت ضرورة لم يثبت عاما لان المقتضى لا عموم له وانما
ثبت له ولاية الحفظ بقدر ما يمكنه من البيع والمكن ثابت في ذلك المصر فلا يثبت له ولاية الحفظ
بمكان اخر كذا في الاسرار وصار كالاستحفاظ باجر فانه اذا استاجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ
له فانه لا يملك السفر بذلك المال فاذا سافر ضمن لانه بالاجارة اشترى منافعه وملكها
من الحفظ في الحلم مقع بمنافع هي للمستاجر ويلزمه بحكم ذلك المقام مع المال ليمكنه التسليم كما وجب
عليه فاذا خرج صار مخالفا ولم تكن هذه المنافع مما دخل تحت العقد واما المودع فانه يحفظ على
سبيل المعونة له بمنافع نفسه فلا يثبت عليه الحجر عن صرف منافعه الى جنس ما لانه لا يملك عليه
العبد التسليم كالعارية واذا كان كذلك صارت الوديعة تبعا له لا ان يكون هو تبعا للوديعة
كذا في الاسرار **قلنا** مونة الرد تلزمه هذا جواب ابي حنيفة رحمه الله عن قولهما والمعتاد كونهم
والظاهر الى اخره جواب عن حرف الشافعي رحمه الله والخلاف في المكيل والموزون لان في قسمة غيرهما
معنى البيع حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه
بالاجماع وهذا هو الصحيح كذا في الفوائد الظهيرية **قوله** رحمه الله وهو المراد بالمذكور في
المختصر وهو قوله واذا اودع رجلان عند رجل وديعة وانما ذكر هذا احترازا عن قول بعض المشايخ
حيث قالوا الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سوا وفي المسالة حكاية
ان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي هميانا من ذهب فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الهميان
وذهب ثم خرج الاخر وطالبه بالهميان ولعلهما تواطيا على ذلك فتحير الحمامي فقيل له فتصل
الامر عند ابي حنيفة فذهب اليه وقص عليه القصة فقال له ابو حنيفة رحمه الله قل دفعته

الى صاحبك ولكن قل لا ادفعه اليك حتى تحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي كذا في الفوائد الظهيرية
ولهذا كان له ان ياخذ اي اذا ظفر به وان كان في يد المودع لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان
الديون تقضى بامثالها ولا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز ولهذا
الفتوى اي وعلى المودع بل عليه اي مطلوب دينه وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم كالمكيل والموزون
والثياب المعدودة وكل ما لا يتعيب بالتقسيم الحسي وان كان مما لا ينقسم كالثوب الواحد والعبد والطبق وكل ما
هلك او يتعيب بالتقسيم الحسي عرفنا نقسم لولا بيننا القسمة واودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ما التزماه
من الحفظ وكذلك الجواب في المرتهنين والمستبضعين والوصيين والعدلين في الرهن على قياس المودعين
وقول ابي حنيفة رحمه الله اقيس لانه رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ
يتاتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما الكل وحده كذا في المبسوط وهو محمل الاول اي قوله رواية
الجامع الصغير بقوله فدفعها الى من لا بد له لم يضمن محمل رواية القدوري رحمه الله التي ذكرها مطلقا
بانه لا يضمن حتى اذا كان له امة بدليل كانت الوديعة شيئا خفيفا عكس للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم
ونحوه فدفعه الى عياله ضمن وذكر في المغني واذا دفع الرجل الى غيره وديعة وقال له لا تدفعها الى
امرأتك فاني اتهمها او قال الى ابنك او قال الى عبدك او فيما اشبه ذلك فدفع اليه فان كان لا يجد المودع
بدا من الدفع اليه بان لم يكن له عيال سواه لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد بدا منه فهو ضامن المودع
اذا اطلق الوديعة في حانوته فقال له صاحبها لا تضع في الحانوت فانه يخوف فتركها فيه حتى سرق فلا وضع ح
ان لم يكن له موضع اخر احرز من الحانوت لا يضمن وان كان له موضع اخر احرز من الحانوت فهو ضامن اذا
كان قادرا على الحمل ومن اودع رجلا وديعة فاودعها اخر فهلكت فله ان يضمن قبل ان يفارق
الاول الثاني وحاصله ما ذكر في الذخيرة فقال ذكر ليس له ان يدفع الوديعة الى اجنبي ولو دفعها فهلكت
في يد الثاني فلا ضمان على واحد ان هلكت قبل ان يفارق الاول الثاني فلا ضمان على واحد منهما بلا
خلاف وان هلكت بعد ما فارق الاول الثاني فالاول ضامن بلا خلاف واما الثاني فعلى قول
ابي حنيفة رحمه الله لا يضمن وعلى قولهما يضمن وعند ابن ابي ليلى رحمه الله لا ضمان على واحد منهما فالحاصل
ان للمودع ان يودع غيره وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه اودعه على انه ملكه
وانه لا يلحقه ضمان ان هلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه كذا في المبسوط وهذا التعليل يويد
ما ذكره الامام المرغيناني رحمه الله عن ابي البحر بقوله فاذا اودع صار ضمينا فالثاني اخذ المال من
الضمين فيضمن كمودع الغاصب فان ضمن مودع الغاصب ذكر ابو الليث رحمه الله ان لم يعلم ان المودع غاصب
يرجع عليه وان علم لا يرجع وكذا اشار اليه السرخسي رحمه الله وذكر الحلواني رحمه الله ان لم يعلم
المودع ان هذا مال غصب ودفع الغاصب اليه ملكه يرجع لانه صار مغرورا اما اذا علم انه غصب
في يده هل له ان يرجع فيه شبهة اختلاف الروايات **قوله** رحمه الله فلا يتعدى منهما لان الاول
لم دفع الى الثاني لحفظه الثاني بحضرته فهلك عند الثاني لا يضمن بالاتفاق بخلاف مودع الغاصب
وانما يضمن الاول بتركه عند الثاني كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله **فان قلت** ما الفرق
لعلمائنا الثلاثة بين هذا وبين المضارب الذي لم يقل له رب المال اعمل فيه برايك ودفع المال
الى غيره مضاربة ولم يعمل المضارب الثاني حتى هلك المال في يده لم يضمن واحد من المضاربين
شيئا لرب المال وههنا يضمن المودع الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويضمن كل واحد من المودعين
عندهما **قلت** قد ذكرت الفرق في المضاربة بينهما وهو ان المضارب غير ممنوع من دفع المال
الى غيره الا ترى ان له ان يودع المال وان يبضعه فلا يكون مجرد الدفع موجبا الضمان على واحد منهما
فاما المودع فغير ماذون بالدفع الى غيره فكان الدفع الى غيره لعدم اباحته موجبا للضمان عليه ولو وجد
صفة التعدي في المضاربة ايضا بان عمل المضارب الثاني بالمال حينئذ يتحرر ذلك المال في التضمين على ما مر
الى هذا اشار الامام المحبوبي رحمه الله ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين لان كل واحد منهما
يدعي لنفسه وبايهما بدا القاضي جاز لانه لا ضرر للاخر في التاخير على تقدير النكول الاول لانه لا يقضى
به حتى يحلف الثاني وان نكل اعني الثاني اي بعد ما حلف الاول ولا يقضي بالنكول لان من حجة الاول
ان يقول لو بدات بي بالاستحلاف لكان ينكل ايضا كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله اي كان للثاني

ان يقول

[illegible]

كتاب العارية

[illegible]

اي اعطيتك المنحة والمنيحة الناقة او الشاة الممنوحة من المنح وهو ان يعطي الرجل الرجل ناقة او شاة
لشرب لبنها مدة ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل ما اعطي شاة منحة والعارية اجارة ان هلكت
من غير تعد لم تضمن ولو تعدى ضمن بالاجماع نحو ان يحمل عليها ما يعلم ان مثلها لا يحمله وكذا اذا استعملها
بلا ادبها واما الاستعمال مثلها في الدواب في العرف فعطبت ضمن قيمتها لان العارية المطلقة تختص
بالعرف والمعروف بالعرف كالمشروط باللفظ كذا في شرح الطحاوي وقال الشافعي رحمه الله يضمن اذا
هلكت في غير حالة الاستعمال اما اذا هلكت في حالة الاستعمال لا يضمن بالاتفاق لان فعله في الاستعمال
منقول الى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى كذا في المبسوطين لانه قبض مال
الغير لنفسه هذا احتراز عن الوديعة فان قبض المودع هناك لاجل منفعة صاحب الوديعة لا لمنفعة نفسه
من استحقاق قبض بحيث لا يستحقه الاجر بدون رضاه هذا احتراز عن الاجارة فان قبض المستاجر حق
له حتى لا يملك المالك الاسترداد قبل مضي مدة الاجارة فيضمنه كالمغصوب فلا يطهر فيما وراء اي فلا يظهر
اذن المالك فيما وراء الانتفاع والعقول بسقوط الضمان وراء الانتفاع فلا يظهر الاذن في حقه فصار ذلك
من الضمان كانه لم يأذن ولهذا كان واجب الرد اي مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب بخلاف
الوديعة والاجارة ولنا انه لا يبقى اي العقد العارية لا ينبئ عن التزام الضمان الى اخره **فان قيل**
تمسك الخصم بدلائل من السنة والمعقول اما السنة فقوله عليه الصلوة والسلام العارية مضمونة
واستعار رسول الله عليه الصلوة والسلام من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له اغصبا
يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة مؤداة وكتب في عهد بني نجران وما يعار رسلي فهلكت على ايديهم فضمانها
على رسلي وقال رسول الله عليه الصلوة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترده ولا احد انا يطلق وموضع
باحد المال لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية لان المستعير يقبضه لينتفع به فلا يكون نائبا
عن الغير فيه وهذا الوصف هو المعول عليه في القياس وهو ان اخذ مال الغير لنفسه سبب ضمان ع
كالغصب وانما سقط الضمان بعذر ما يصير حقا له شرعا وذلك فيما هنا في المنفعة دون
العين فان العقد يتناول العين فانما وردت على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين اقتضاء بدليل
انه لا يستحق على المعير قبض العين بسبب هذه المنفعة فيصير في حق العين كالقابض بغير اذن كما
في سوم الشرا فان المالك رضي بقبضه للشرا لا بوجه آخر والشرا غير متناول للعين في الحال فصار
قبض العين كانه قبض بغير اذن بخلاف المودع لانه قبضه لرب الوديعة لا لنفسه ولهذا لم يكن
عليه مؤنة رد الوديعة وفي العارية على المستعير والا ترى ان الوديعة لو هلكت عنده ثم جاء مستحق
يستحق الوديعة وضمنه رجع بالضمان على المودع وفي مسالتنا لا يرجع المستعير بمثله على المعير وبخلاف
المستاجر ان حكم العقد يتعدى الى العين لانه وجب على الواجر تسليم العين الى المستاجر وكذلك
الموصى له بخدمة عبد تتعدى وصيته الى العين فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولما تعدى
الى العين صار بمنزلة من اوصى له بالعين ما جوابنا عنها **قلنا** احتج فيه اصحابنا رحمهم الله عنه
ايضا بالسنة والمعقول واجابوا عن ما تمسك به فيقع لبيان سالما لاثبات المذهب عن المعارض
اما السنة فقد روى القاضي الامام ابو جعفر بن عمرو عن القاضي الجليل بن احمد باسناده عن ابي الزبير
المكي المعارض عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهم عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال ليس على
المستعير غير المغل ضمان ولا المغل خاين فقد نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه
انه قبض العين للانتفاع بها باذن صحيح فلا يكون مضمونة عليه كالمستاجر وتاثيره ان وجوب
الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم المعونة الا
ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجب
الضمان فالقبض اولى ولا يجوز ان يجب الضمان هنا باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون
عقد ضمان كالهبة فان الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الغرور عندنا اما الجواب عن ما
تمسك به فقوله عليه الصلوة والسلام العارية مضمونة اي ضمان الرد لانه حمل الضمان صفة
للعين على وجه الخبر وحقيقة ذلك في ضمان الرد لانه يقتضي بقاء العين وحديث صفوان فقد قيل انه
اخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله اغصبا يا محمد الا انه كان محتاجا الى السلاح وكان

الاخذ له حلالا ولكن لشرط الضمان لمن اصابته مخمصة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان
وقيل المراد به ضمان الرد وقوله هو اداه ليعتبر لذلك كما يقال فلان عالم وصفته يعلم بالبلط الثاني
ان المراد بالعلم الاول علم الفقه وقيل كان هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتراط الضمان
على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن بالشرط على ما ذكره في المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حربيا
ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه الصلوة والسلام وما
بعاد رسلي فهلكت على ايديهم اي استهلكوها لانه يقال هلكه وبيده اذا كان بغير صنعه وهلك على
يده اذا استهلكه وقوله عليه الصلوة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد يقتضي وجوب رد العين
ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين واما قوله فان العقد ما تناول العين فانها
وردت على المنفعة نصا الى اخره وهذا عكس في الاستدلال وذلك لان ما تناوله العقد وهو المنفعة
لما لم يصر مضمونا بهذا العقد فما لم يتناوله العقد وهو العين اولى ان لا يصير مضمونا والمقبوض على
سوم الشراء انما صار مضمونا بضمان العقد لا بالاذن بقبضه لان العقد ولان المالك هناك ما رضي بقبضه
الا بجهة العقد فيما ورا العقد كان هو مقبوضا بغير اذنه واما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق ان
الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور او بسبب المعيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضي
السلامة عن العيب واما عقد التبرع فلا يقتضي ذلك فاقتصر الضمان على المستعير ان المستعير
انما يضمن بالجحود واخذ لنفسه بخلاف المودع لانه يحل للامر ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس
لما قال بل لان منفعة النقل حصلت له لان الرد فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة
النقل فان الخراج بالضمان ولهذا كانت النفقة عليه ايضا ولهذا اوجبنا مؤنة الرد على الموصى
له بالخدمة ايضا فاما صاحب العين فانما يجب على من فوت شيئا على المالك بقبضه كالغاصب ولم
يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه هذا كله من المبسوط والاسرار وانما وجب الرد مؤنة لنفقة
المستعار فانها على المستعير قال القاضي الامام ابو علي النسفي حاكيا عن استاذه ان المستعير
لا يجبر على الانفاق على العارية لانه لا لزوم في العارية ولكن يقال للمستعير انت احق بالمنافع
فان شئت فانفق عليه لتحصل لك المنفعة وان شئت فخل يدك عنه اما ان تجبر على الانفاق فلا
قال ابو نصر لو ان رجلا استعار من رجل عبدا فطعام العبد على المستعير ولو ان مولى العبد اعار
العبد فطعامه على المعير قال الفقيه ابو الليث رحمه الله يعني اذا قال مولى العبد خذ عبدي
من غير ان يستعيره المستعير فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه واما الكسوة فعلى المعير
في الاحوال كلها كذا في الذخيرة والمغني بالنقض القبض بخلاف الغصب فان ثمة وجب الرد لنقض
القبض فاذا الرد يوجب الرد يجب الضمان عليه وقوله وبانا لو صححناه الى قوله يتسلط من المعير
حوالة لشبهة ذكرته في المبسوط بقوله **فان قيل** كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة
لانه مالك للمنفعة ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا
في نقض الاجارة **قلنا** لو ملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان
صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك وضمنه حين سلمه وذكر في الذخيرة واذا
اجر صار ضامنا وكان الاجر له يتصدق به وله ان يعير اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل
كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة كذا ذكره الشيخ الامام التمرتاشي رحمه الله وذكر والدي
وهل للمستعير ان يعير فهذا على وجهين الاول ان يكون الاعارة مطلقة وفي هذا الوجه له ان يعير
سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به او لا يتفاوت حتى ان من استعار دابة
للركوب ولم يبين الراكب او استعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس فله ان يعير للركوب واللبس
وان كان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس على ما هو المذكور في الكتاب واما يجوز فيما
يختلف باختلاف المستعمل هذا جواب لسؤال مقدر وهو ان يقال ان العارية لو كانت تمليك
المنفعة لما تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعير بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف
كالمالك وهذا الذي ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت مطلقة اي عن الوقت والانتفاع
وهو على اربعة اوجه وهذه القسمة على هذه الاوجه الاربعة ضرورية لان الشيئين وهما الاطلاق

[illegible]

بقي من الاجارة الى ان يدرك بخلاف الاول لانه لو ابى الزرع وفي الترك مراعاة للحقين لانه ابقا
ترك بالاجر هكذا قالوا كيلا يفوت منفعة ارضه مجانا ولا يفوت زرع الاجر فيعتدل النظر من الجانبين
في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك بعد فانه تترك الارض باجر مراعاة للجانبين
كذا ههنا كذا في المبسوط واذا استحصد الزرع ذكر في بعض روايات المبسوط ان صاحب الارض
ياخذ الارض مع الاجر ولم يذكر هذا في بعض الروايات وكان الفقيه ابو اسحق الحافظ يقول انما يجب
الارض لصاحب الارض اذا اجر الارض منه صاحب الارض او القاضي فاما بدون ذلك فلا يجب الاجر
فان قال رب الارض اعطيك البذر ونفقتك واجر جهدك ويكون ما زرعت لي ورضي به المزارع فان
كان لم يطلع من الزرع شيء لا يجوز لان المزارع يصير بائعا الزرع وبيع الزرع قبل النبات لا يجوز وبعد
ما خرج منه فلا كلام واشار هاهنا الى الجواز كذا في المغني واجرة رد العين المستاجرة على المواجر
الى قال فان منفعة نقضه سالمة للمواجر **فان قيل** كما ان المنفعة سالمة للمواجر فكذا
هي سالمة للمستاجر ايضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستاجرة **قلنا** ان المنفعة الحاصلة
للاجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستاجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار حصول
منفعة المواجر اولى والى هذا اشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع
الصغير فقال مونة الرد على المستعير والغاصب لان الغنم حصل له فكان الغرم عليه على المودع
لان منفعة الحفظ عائدة على المالك فكان مونة الرد على المالك وفي المستاجر المنفعة عائدة الى الاجر
انه يتوصل به الى ملك الاجر الذي ما فيه ان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الاجر اقوى لانه
مالك للعين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين ومونة رد المرهون على المرتهن
لان الغنم حصل له ولهذا اختص به من بين سائر الغرماء حتى يستوفي دينه منه اولا فكان الغرم عليه
واما رد العبد الموصى بخدمته فعلى الوارث وانه لها ويجب ان يكون على الموصى له بالخدمة كما في المستعير
والحاصل ان المنفعة الحاصلة لو تجردت عن المعارضة كان لها الاعتبار وعند التعارض بالعين
الاعتبار للعين ومبنى على وجوب مونة الرد مسائل في المبسوط فقال واذا استعار الدابة يوما
الى الليل فامسكها بعد ما مضى اليوم فهلكت فهو ضامن لها لانه لما وقت فقد تبين انه غير راض بامساكها صح
بعده اياها فيما وراء المدة فاذا امسكها بعد ما مضى المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها
كالمودع اذا طولب بالرد فلم يرد حتى هلكت وهذا بخلاف المستاجر فانه بعد مضي المدة اذا امسكها
لم يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد لان مونة الرد هناك ليست على المستاجر ولكنها على المالك
فاذا لم يحضر المالك لياخذها لم يوجد من المستاجر منع بصيره ضامنا واما مونة الرد على المستعير
فاذا امسكها بعد مضي المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمانه
المستعار عليه بخلاف ما اذا لم يوقت فلا ضمان عليه لان المطالبة بالرد لم توجد فردها الى
اصطبل مالكها او الى منزله لكنها ضاعت فالقياس ان يضمن وفي الاستحسان لا وقيل هذا في عادتهم
في زمن ابي سلمة رحمه الله ان كان المربط خارج الدار لان الظاهر انها تكون هناك بلا حافظ
كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله ولو اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره عند الذي يقوم
عليها فاذا ردها معه برئ استحسانا وفي القياس ان لا يبرا ما لم تصل الى صاحبها كالمودع اذا رد
الوديعة على عبد صاحبها لا يبرا عن الضمان ما لم تصل الى صاحبها وجه الاستحسان ان
صاحبها انما يحفظ بيد هذا السائس ولو دفع اليه لكان يدفعها الى السائس ايضا كذا اذا ردها
على السائس والعرف الظاهر ان صاحب الدابة يامر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها
منه اذا فرغ فيصير ماذونا في دفعها اليه دلالة ولا يوجد مثل هذا العرف في الوديعة فان
صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادة واما اودعها لانه لم يرض بكونها في يد عياله حتى قالوا
في المستعار لو كان عقد لؤلؤ فردها المستعير على عبد هو سائس دواب المعير لا يبرا ما لم تصل
الى المعير لانه في مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة كذا في المبسوط واولى هذه المسالة
انها الاعارة لا انقضاء المدة يعني ان المشايخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع اولوا هذه
المسالة وهي قوله وان ردها مع اجنبي ضمن انما ضمن المستعير ههنا لانه لم يبق مستعيرا بسبب انقضاء

[illegible]

فان قلت

قلت

[illegible]

منه الاستعارة حيث دفع الى الاخر بعد فراغه من استعماله ونحن انما قلنا بجواز الايداع للمستعير
اذا كان قايما على كونه مستعيرا وهنا لم يبق مستعيرا فلما لم يبق مستعيرا تعينت عين العارية
وديعة وليس للمودع ان يودع غيره فاذا اودعها غيره وفارقه تضمن بالاتفاق ومن اعار
ارضا بيضا للزراعة الا ان هذه المسالة في المبسوط مذكورة في كتاب الشروط وزاد فيه سوع
ساق فقال واذا اعار الرجل ارضا لم يزرعها لست انك اطعمتني ارضي لتزرعها صاية الى من الشتا او الصيف وقال ابو يوسف رحمه الله اذا كتب عارية فهو احب الي من ان يكتب طعمة وهو قول
محمد رحمه الله لانه بالاعارة يحصل له منفعة الارض بغير عوض فكان استعمال هذا اللفظ اولى وابو
حنيفة رحمه الله يقول لو كتب اعرتني كان المفهوم منه الانتفاع بها من حيث السكنى واذا كتب
اطعمتني كان المفهوم منه التمكين من الزراعة في الارض التي لا تطعم عينها وانما تطعم ما يكون
منها وذلك لا يحصل الا بالزراعة واذا كانت الاعارة للزراعة فلفظة الطعمة اقرب الى بيان
ما هو المقصود فينبغي ان يستعمل في كل فصل ما هو ابين للمقصود كالبنا ونحوه وهو نص الفساطط
لذا ذكره في الفوايد الظهيرية والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب وبه التوفيق ولا

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ثم من المحاسن فيها كفاك بورود صفة الله تعالى بها على صيغة
المبالغة في مقام الثنا عليه بقوله انك انت العزيز الوهاب ومن باشرها صار متابعا بسنة
الله الكريم التواب واي محمدة اولى من انواع المدح والحمد واي فضيلة اقوى من فضايل الشرف والمجد
تساوي الفضيلة التي فيها اتصاف بصفة من صفات الله تعالى العليا وتسمى باسم من اسمايه
الحسنى فالله تعالى جواد كريم احب الجود والسخا ورضي العفو والوفا فالجود منه شرع الجود وبذل
الموجود وعزز في بعض بني ادم غريزة السخا وطبيعة الاعطا ولم يتركهم الى الطبيعة والغريزة
بل شرع عقد الهبة واستحسنه ليكون عنه عاملا بشرع الله لا بالطبع اذ في العمل بالطبع مساواة
بين الانس وبين كل الا الخنس ولان الجود في نفسه سلطان قاهر امره استرقاق الاحرار واستجلاب
محبة جميع الانس من الاشرار والاخيار على ما قال عليه الصلوة والسلام تهادوا تحابوا جبلت
القلوب على حب من احسن اليها ولان من وهب واهدى صار ذلك عادة له وسهل عليه مشقة
الاعطا وطبيعة الجود والسخا ومنه قال الامام ابو منصور يجب على المومن ان يعلم ولده الجود
والاحسان كما يجب ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا راس كل خطيئة وحب الدنيا
راس كل خطيئة فكان هذا التحقيق سنوح عند قراتي الاحقاق في مجمع الكبرا ومحفل العلما
على شيخي الاستاذ والكبير ذي الفضل الغزير في مسجد الجامع القديم عمرو واستحسنه شيخي رحمه الله
مديما فنحتاج هاهنا الى بيان الهبة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وشرطها وركنها
وحكمها والالفاظ الجارية فيها اما بيان اللغة من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فالهبة
اصلها الوهب والوهب بتسكين الها وتحريكها وكذلك في كل معتل الفا كالوعظ والعظة
والوعد والعدة والواو ابدا الا تعاض والاستحبا والامه دون المصادر التي حذفت اوايلها
وتعوض في اواخرها التا كما ترى واما المعنى فهو ايصال الشي للغير بما ينفعه سوا كان مالا او
غير مال حتى يقال وهب له ولدا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا
يرثني ولكن اصلها في المال ويشتق من لفظها ما ليس هو في معناها يقول هب زيدا منطلقا
بحرا حسب يتعدى الى مفعولين والاستعمال فيه خاص والاستعمال في هذا المعنى والموهبة بالفتح
نقرة في الجبل يستنقع فيها الما واما شرعا فهو عبارة عن تمليك المال لغير عوض على ما ذكرنا
الكتاب واما دليل جوازها فالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فان طبن لكم عن شي
منه نفسا فكلوه هنيا مريا والاباحة الاكل خصوصا بالوصف الجميل دليل جواز الهبة وقوله تعالى
واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول
اظهر لان قوله اوردوها يتناول ردها بعينها وانما يتحقق ذلك في العطية لذا في المبسوط واما

قلت

وان قلت

قلت

فرع

مقدره

فان قيل

قلت

فان قيل

حتى بضع التبعيض وكذلك الدينار اذا كان يضره التبعيض نحو ذهبة نقصه وهكذا ذكر ابو حنيفا
في المختلفات وقال يريدون بقولهم ما لا ينقسم اي ان المنفعة تفوت اصلا بالقسمة كالعبد او تفوت
جنس المنفعة كما في الحمام والبيت الصغير وذكر الامام الاسن وشيخ في اول الفصل السابع والعشرين
من الفصول رحمه الله الفرق بينهما بوجه اخر ولكن يؤول معناه الى ما ذكرنا فقال اعلم بان الشايع نوعان
الشايع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير وشايع لا يحتمل القسمة كنصف العبد
ونصف الحمام ونصف الثوب ونصف البيت الصغير والفاصل بين القسمين حرف واحد وهو ان
على انه اذا كان هذا العين بين اثنين فطلب احدهما القسمة وابى الاخر ان اجبره القاضي على القسمة
كان من القسم الاول وان لم يجبر كان من القسم الثاني اذ الجبر على الفعل في محل ابى فبقول المحل ذلك
الفعل واما الثاني فان المفسد للهبة في الشيوع هو الشيوع المقارن لا الطاري بخلاف الرهن
فان الطاري يبطل الرهن كالمقارن والشيوع الطاري هو ان يرجع الواهب في بعض الهبة شايعا اما
الاستحقاق فيفسد الكل لانه مقارن واما الثالث فان المعتبر في الشيوع لوقت القبض لا لوقت
الهبة حتى انه لو وهب مشاعا وسلم مقسوما يجوز اعتبارا لوقت القبض وكذلك لو وهب نصف
دار لرجل ولم يسلم ثم وهب له النصف الباقي وسلم جملة جاز اما لو وهب نصف الدار لرجل
وسلم ثم وهب النصف الباقي ولم يسلم لا يجوز وكلاهما فاسدان ولو وهب تمرا في نخل او زرعا
في ارض ثم سلم بعد ذلك منفردا جاز وينظر في ذلك الى حالة القبض دون العقد وهذا لان الشايع
محل لحكم الهبة فان حكمها الملك والشايع يقبله كما في البيع والارث لكن الملك يتوقف على القبض
الكامل ولا يتحقق ذلك في الشايع فاذا ظهر اثر الشيوع في حق القبض دون العقد صح العقد وتوقفنا
في القبض وحكمنا بصحة القبض هذا اورد على العز كذا في شرح الطحاوي والايضاح ولما كان الحكم
كما علمت ان قوله ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة معدولا عن ظاهره معناه اي لا يثبت الهبة
الملك فيما يقسم الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم وقعت جائزة ولكن غير مثبتة للملك
بل بتسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صح ووقع مثبتا للملك
علم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن يتوقف اثباتها الملك الى الافراز
والتسليم والعقد اذا توقف امره في اثبات الملك الى امر اخر لا يسمى ان العقد غير جائز كالبيع بشرط
الخيار وهبة غير المشاع من غير تسليم فانهما عقدان صحيحان في انفسهما ولكن اثباتهما الملك يتوقف
الى امر اخر هو اسقاط الخيار ومضي المدة في البيع والتسليم في هبة غير المشاع والى هذا المعنى
الذي قلته اشار في المبسوط مع ذكر صورة المسالة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي رحمه الله
تعالى واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى في دار غير مقسومة وسلمه اليه مشاعا وسلم جميع الدار
اليه لم يجز ثم قال يعني لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا وقال الشافعي رحمه الله
يقع الملك ويتم الهبة **قوله** رحمه الله كالبيع بانواعه اراد بانواعه البيع الصحيح والفاسد
والصرف والسلم فان المشاع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع ويثبت بالقبض ما اختص
ذلك العقد بالقبض حتى ان الضمان ينتقل من البائع الى المشتري في البيع الصحيح ويملكه ما باعه
من النصيب في المشاع بالقبض في البيع الفاسد ويصلح المشاع ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف
وهذا لان المشاع قابل لحكمه اي لحكم الهبة يتناول الوهب او التمليك وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع
هذا جواب عن قولنا بان هبة المشاع انما لا تصح لان الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجواز هبة المشاع يلزم
في ضمنه وجوب ضمان المقاسمة وهو لم يتبرع به فيكون الزاما على المتبرع ما لم يلتزمه وذلك
باطل كالقرض والوصية فصورة قرض المشاع انه لو دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا
عليه ويعمل في النصف الاخر شركة يجوز ذلك مع ان القبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط
القسمة فيه كذا في المبسوط والمشاع لا يقبله اي لا يقبل القبض لا ينضم غيره اليه اي المشاع لا يقبل القبض الا بضم غير
الموهوب الى الموهوب او بضم الموهوب الى غير الموهوب في الهبة وكذلك لا يقبل المشاع القبض في
البيع الا بضم غير المشتري الى المشتري او بضم المشتري الى غير المشتري وكذلك في ساير العقود فكان الحاصل
ثبات لغيره وكان المقصود من الحاصل مقصودا بنفسه وذكر في المبسوط في اعتمادنا في المسالة على اجماع الخلفا

فان قلت [illegible]

قلت [illegible]

قوله [illegible]

قوله [illegible]

الراشدين وقد روينا عن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم شرط القسمة وعن علي رضي الله عنه من
وهب ثلث كذا او ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه ان شرط القبض منصوص عليه في الهبة فيراعى
وجوده في اكمل الجهات التي يمكن كشرط استقبال القبلة في الصلوة لما كان منصوصا عليه يشترط ذلك
فيه حتى لو استقبل الحطيم لا يجوز صلاته والحطيم من البيت من وجه وهذا لان الثابت من وجه دون
وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون
وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه وفي حيز
شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شيء منه بعينه فيقال انه في يده هكذا دون هذا **فان قلت**
لو تمسك الخصم فيما ادعاه بقوله فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح فهذا
يقتضي ان الصداق اذا كان عينا يتنصف بالطلاق فان المرأة ندب لها ان تترك الكل الى الزوج والزوج
ندب الى ان يسلم الكل اليها وذلك من كل واحد منهما هبة في المشاع وبما روي عن الرجل الذي اتى
رسول الله عليه الصلوة والسلام بكبة من شعر فقال اخذت هذه من الغنيمة لاخيط بها بردعة
بعير لي فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام اما نصيبي منها لك فهو هبة المشاع وكان هذا بعض
من جملة ما عليك بالهبة وكذلك البعض فيما شاع في المشاع الذي لا يحتمل القسمة ما جوابنا عنه **قلت**
اما الاية فقلنا العفو حقيقة اسقاط وذلك في الدين دون العين واسقاط الدين جائز سواء كان
الدين مشاعا او غير مشاع لانه غير محتاج الى القبض الذي ينقضه الشيوع بخلاف ما نحن فيه ثم في العين
كل واحد منهما مندوب الى العفو عندنا لكن بطريقه وذلك في ان يهب نصيبه لصاحبه بعد القسمة وليس
في الاية ما يمنع ذلك واما حديث الكبة فانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه المبالغة
في النهي عن الغلول اي لا املك الا نصيبي فكيف اطيب لك هذه الكبة من الغنيمة الا ترى انه ليس لواحد
من الغانمين ان يهب نصيبه قبل القسمة لانه لا يدري اين يقع نصيبه او كان ذلك مما لا يحتمل القسمة
فالكبة من الشعر اذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به واما الجواب عن المعنى فقد
ذكرنا الفرق بين هبة البعض والكل في ان هبة البعض مشاعا فيما يحتمل القسمة لا يجوز بناء على ان القبض
فيها يقع ناقصا وفي هبة الجملة لا نقصان في القبض فيجوز وبعد قيام الفرق المانع عن القياس
لا يجوز قياس هبة الجزء على الكل هذا كله مما اشار اليه في المبسوط وذكر في الاسرار والمعنى في المسألة
ان الهبة لا توجب الملك الا بالقبض بلا خلاف بيننا وبينه وانه في حق ايجاب الملك بمنزلة القبول
في باب الشراء وتمام القبض في مشاع يحتمل القسمة بالقسمة فلا يقع الملك قبلها لعدم تمام القبض كالذي
لم يتم به القبول من المشتري في البيع وكما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم لم يملكه الا بعد الجز
لان الافراز به يقع وانما قلنا ان التمام للقبض بالقسمة لان القبض عبارة عن الحيازة باليد وتمام
الحيازة بالقسمة لانها افراز في مكان معين ولا سبيل الى ذلك الا بالاجتماع ولا اجتماع الا بالحيازة
وفيها تتمة القبض بخلاف ما لا يحتمل القسمة لانه لا احيان له اكثر من التخلي به كذلك شايعا لانه
لو قسم تبطل ولم يبق ملكا على ما كان فلا يكون القسمة فيه حيازة فلا يشترط القبض فيه بالقسمة
لذلك والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به هذا جواب شبهة ترد على قوله ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة
يعني ان الواهب متبرع فلو جوزنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يلزم عليه مؤنة القسمة وهو لم يلتزم
فلذلك لم يصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة بخلاف هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فانها جائزة لانه
لا يلزم فيها مؤنة القسمة على الواهب لانه فيما لا يمكن القسمة فيجوز فورد على هذا المقرر لزوم المهاياة
فيما لا يحتمل القسمة يعني كما ان الواهب لم يلتزم القسمة فكذلك لم يلتزم وجوب المهاياة ويلزم ذلك
في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فعلى ذلك التقدير ينبغي ان لا يصح هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لوروده
على الواهب ما لم يلتزمه وهو وجوب المهاياة كما لا يصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لوجوب شيء على الواهب
لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وهذه الشبهة صرح في المبسوط في الخلاف فيما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب
بحق المطالبة بالقسمة ثم قال فان قلت يستوجب بها المهاياة قلنا المهاياة قسمة المنفعة وعقد
التبرع لاقى العين ولم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به ولا يرد على هذا ما لو اتلف الواهب الموهوب بعد
التسليم يضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه باعتبار الاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة هاهنا

بض الهبة وقال في الذخيرة لان الوالد بنفس الهبة صار قابضا للولد لان قبض الانسان مال
نفسه يقبض امانة وقبض الهبة قبض امانة فينوب ما للاب من القبض عن قبض الهبة لانه في يد
غيره هذا كلام تام يا ليتم ان وجيزه اي لان المرهون او المغصوب في يد غير الاب لا في يد الاب ولا ينوب
قبض المرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد بخلاف ما اذا كان الموهوب في يد الاب حيث
ينوب قبضه عن قبض الهبة لولده لما ذكرنا من تجانس القبضين او في ملك غيره اي الموهوب
في ملك غير الاب اي في البيع الفاسد فلا ينوب قبض المشتري بالشرا الفاسد عن قبض الهبة للولد
قال في الذخيرة واذا ارسل غلامه في حاجته ثم وهبه لابنه الصغير صحت الهبة لان العبد لما كان
في حاجته في يد المولى حكما ولو لم يرجع العبد حتى مات الوالد فالعبد للولد ولا يصير ميراثا عن الوالد
ولذلك لو وهب عبدا ابقا له من ابنه الصغير فما دام مترددا في دار الاسلام يجوز الهبة ويصير
الاب قابضا لابنه بنفس الهبة وفي فتاوى ابي الليث رحمه الله رجل وهب لابنه الصغير دارا
والدار مشغولة بمتاع الواهب جاز لان الشرط قبض الواهب هاهنا وكون الدار مشغولة بمتاع
الواهب لا يمنع قبض الواهب وفي المنتقى عن محمد رحمه الله رجل وهب دارا لابنه الصغير وفيها
ساكن باجر قال لا يجوز ولو كان بغير اجر او كان هو فيها يعني الواهب فالهبة جائزة لان الساكن
اذا كان باجر فيده على الموهوب في الدار فانه لا يمنع تمام الهبة هنا لان الشرط في هذه الصورة قبض
الواهب وكون الواهب فيها غير مضر ولا سكنه **قوله** رحمه الله فلذلك كل من
يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله من هولا اطلق في
الكتاب هكذا ولكن ذكر في الايضاح انه لا يجوز قبض غير هولاء الاربعة اراد بهولاء الاربعة الاب
ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال القابض
او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهولاء ولاية التصرف في المال فقيام ولاية
من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض لهم قال وان لم يكن احد من هولاء الاربعة جاز
قبض من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن في عياله لانه اذا كان في عياله
فله عليه ضرب ولاية الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية
يطلق حق قبض الهبة لانه من باب المنفعة وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه اي يجوز للاجنبي
الذي يربيه قبض الهبة لاجل الصغير ولكن بالشرط الذي ذكرنا وهو عدم وجود واحد من الاربعة
التي ذكرنا واما اذا كان واحد منهم موجودا فليس لمن يربيه قبض الهبة لاجل الصغير ثم ذكر في المبسوط
فاذا ثبت ان له اي الاجنبي الذي يعوله ان يقبض هبة الغير له وكذلك اذا كان هو الواهب
فاعلمه وابانها فهو جائز ويقبض له ويستوي ان كان الصبي يعقل او لا يعقل ثم قال وفيه
نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هاهنا
ولكن الجواب ان نقول يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغر ينفي ولايته عن نفسه
ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله معنى ذلك توفير المنفعة الظاهر لانه
ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك لولايته على نفسه
وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من
اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له وهذا ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا واما
جواب القياس وهو قول الشافعي رحمه الله لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر لعقله
قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله بغيره فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله
له بغيره ولهذا لم يعتبر الشافعي عقله في صحة اسلامه واعتبرنا في وصيته واختيار احد
الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله في صحة
اسلامه واعتبرنا في وصيته واختيار احد الابوين لان ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره وجه   الاستحسان
انه انما يعتبر عقله لدفع الضرر عنه فالظاهر انه لم ينظر في عواقب الامور لما له من العقل
لما له من العقل الناقص قبل بلوغه وهذا فيما يتردد بين المنفعة والمضرة فاما فيما يتمحض منفعة
فلا يتحقق هذا المعنى فكان فيما قلنا توفير المنفعة عليه من وجهين كذا في المبسوط وفيما وهب للصغير

تجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف ذكر الزفاف في الكتاب وذكر الدخول في الايضاح وذكر في
الرحمين فتلوس زوجها ثم شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة اذا كان تجامع مثلها لمن اصحابنا
من قال اذا كان لا يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها ثم قال والصحيح انه اذا كان تعولها وهو لا
يجامع مثلها جاز قبضه عليها وذكر في المبسوط والصبية التي دخل بها زوجها فان زوجها يقبض
الهبة لها لانه يعولها ثم قال فان قيل الولاية عليها للاب دون الزوج قلنا نعم ولكن الاب اقام الزوج
مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها اذا زفها الى بيت الزوج وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج
فيه مقام الاب ولكن بهذا لا يسقط ولاية الاب فاذا قبضها الاب صح قبضه لقيام ولايته وان قبضت
بنفسها جاز لانها تعقل القبض وان قبض الزوج جائز لما بينا فلا يجب بكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم
الاب ذلك الصغير الى من يعوله لان ذلك لا يثبت الاستحقاق تعرفنا انه لا يقوم فيه مقام الاب
والزوج بحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى يصير اولى بها من الاب وان كانت لم
تزف الى زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها وانه له عليها يد
وذلك لا يوجد قبل الزفاف وان ادركت لم يجز قبض الزوج والاب عليها لانها صارت ولية نفسها
حين بلغت عاقلة وقوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي ويملك الزوج قبض
الهبة لاجل امراته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح
بقوله وتاويل هذه المسالة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكره الحاكم ويحتمل
وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكون الا بعد موت الاب او
غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها لا لتفويض الاب هذا احتراز
من الزوج كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز
الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز والهبة اولى ولان الشيوع
انما يوثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين فلا يوثر لانه لا يلحق بالمتبرع
ضمانا ولابي حنيفة رحمه الله يقول قبض كل واحد منهما لا في جزء شائعا وذلك غير موجب للملك فيما
يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تاثير الشيوع
باعتبار ان القبض لا يتم معه وذلك موجود هاهنا فكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه والا تم بعد
مع الشيوع لان القبض في المشاع لا يتحقق على سبيل الكمال **فان قيل** هلا علقتم الملك بالتسليم
ولا شيوع فيه دون القبض فان الملك انما يتعلق بالقبض لمعنى الضمان عن المتبرع فوجب ان يعتبر
جانبه وهو التسليم لا جانب القابض **قلنا** التسليم انما يعتبر اذا حصل التمكن من القبض
على سبيل الكمال لانه طريق القبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم
كذا في المبسوط والايضاح فقبل احدهما صح وان لم يقبل الاخر بخلاف ما اذا باع من اثنين فقبل
احدهما فانه لا يصح **فان قلت** ما جواب ابي حنيفة رحمه الله عن قولهما بان المعنى في عدم جواز
هبة المشاع هو استحقاق ضمان المقاسمة على المتبرع وذلك لا يوجد هاهنا فالعين تخرج
من ملك المتبرع جملة وانما ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكهما فلما لم يوجد
هاهنا ضمان المقاسمة الذي هو المانع في هبة المشاع وجب ان يجوز وعن قولهما ايضا على
وجه يلزمان قول ابي حنيفة رحمه الله عليه بان يقولا الاجارة عند ابي حنيفة رحمه الله لا تصح
مع الشيوع حتى انه لا يجوز اجارة نصف الدار للشيوع ثم هو يجوز اجارة الدار من رجلين حتى
ان يكون في الهبة كذلك **قلت** اما الجواب عن الاول فهو ان عدم جواز الهبة من رجلين
عنده باعتبار نقصان القبض بسبب الشيوع كما ذكرنا فيما اذا وهب لشريكه لا باعتبار ضمان
المقاسمة على المتبرع والدليل على انه لا اعتماد هاهنا على نفي ضمان المقاسمة عن الواهب ان رجلين
لو وهبا لرجلين على ان يكون نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للاخر لم يجز بالاجماع
وليس على الواهبين ضمان المقاسمة واما الجواب عن الثاني فان المانع من اجارة المشاع تعذر
استيفاء المنفعة التي تناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة من رجلين والمانع ايضا
عود المستاجر الى الاجر في سوق الاجارة بحكم المهاياة وذلك لا يوجد في الاجارة من اثنين ولهذا

جاز

بانهي ان الموانع حالة عقد الهبة لان الرواية منصوصة في الرجوع وفي الكتاب يحي بعد هذا انه اذا وهب
لامراة شيا ثم تزوجها كان له حق الرجوع واذا وهب لامراته ثم ابانها لم يكن له حق الرجوع ثم قال
وهذا دليل على ان المعتبر حالة الهبة وقد قلنا بقولنا بان صحة الرجوع اما بالقضا او بالرضا لانه ليس
الا ولانه الرجوع بعد التسليم بدون احدهما واطلاق الرواية بقوله فله الرجوع يوهم بل يوجب
صحة الرجوع بدون واحد منهما وليس كذلك وقد قلنا بقولنا من غير استحباب بل هو مكروه لان في بعض
الروايات وهي رواية المبسوط ان الرجوع غير مستحب وفي بعضها وهي رواية الايضاح والمغني والكتاب
مكروه ولو لم نقيد به يلزم الاطلاق من قوله فله الرجوع من غير كراهة وليس كذلك فمن ثم قيد
سعة جناح اليها في هذه الرواية وهي مستفادة من روايات الكتب التي ذكرنا ثم المراد من الهبة
الموهوب لان الرجوع انما يكون في حق الاعيان لا في حق الاقوال كذلك هبة الوالد لولده على اصله
فان من اصل الشافعي رحمه الله ان للاب في مال الابن حق الملك وعن هذا لم يجوز للاب ان يتزوج
امة ابنه لان له فيها حق الملك لقوله عليه الصلوة والسلام ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان
ولده من كسبه وقوله عليه الصلوة والسلام انت ومالك لابيك وهذا بظاهره يوجب حقيقة
الملك في مال ابنه ثم انه لم يثبت الحقيقة فلا اقل من ان يثبت الحق فلا يجوز له ان يتزوج امة ابنه لذلك
كما لا يجوز للمولى ان يتزوج امة مكاتبه الى اخر كذا في نكاح الاسرار والمبسوط لانه لم يتم التمليك لكونه
مرادا كما في الزكوة ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولا نقادات
المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون
قبل القبض والتسليم ولانه صلى الله عليه وسلم جعل الواهب احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيه
حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لجعله له ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو
حق وان شرط العوض قبله ولان المقصود بالهبة التعويض للعادة **فان قيل** هذا الذي ذكره
على العادة لا العادة فلو كان مقصوده التعويض لما شرع التجارة وفي الهبة شرط العوض وكلامنا
الهبة غير مشروط فيها العوض وفي مثلها تطلب الثنا والشكر واظهار الجود والسماحة **قلنا**
ثم هذا مقصود كرم الخلق لا عادة النفس وبحكم كرم الخلق عندنا لا يرجع ومن رجع لا يكون كريم الخلق
الا انه ان لا يجب فعله بالقضا بل يفتى بقوى والكلام فيما يدخل تحت القضا وذلك مبني على العادة
بما دون كرم الخلق لان مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد انما يحصل بالعوض كما قال صلى الله
عليه وسلم تهادوا تحابوا فالتحابب يقتضي وجود الفعل من الجانبين يوضحه ان المقصود من
الهبة للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه
ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي قروض وقال القايل

وإذا جوزيت قرضا فاجزه ❊ انما يجزي الفتى ليس الجمل

المراد بالمجازاة هنا الابتدا كما في قولهم كما تدين تدان والمعنى اذا اقرضت قرضا اي اعطيت
شيا فاجزه والمراد بالفتى الكريم والمراد بالجمل الجاهل اي انما يجزي العاقل لا الجاهل والجمل مثل
في البله كذا في المغرب المهملة الهين وبه تبين ان حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن
الخلل في المقصود بالعقد على ان المعروف كالمشروط فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اي فيثبت
للواهب ولاية فسخ الهبة عند فوات التعويض لان العقد يقبله اي يقبل الفسخ **فان قلت** يشكل
بقوله المقصود بالهبة التعويض فيثبت ولاية الفسخ عند فوات التعويض ما اذا وهب هبة لعبد
ذي الرحم المحرم فان له ان يرجع على قول ابي حنيفة رحمه الله ومعلوم ان مقصوده هناك ليس بتعويض
لان العبد ليس من اهل ان يعوض كما لا يرجع في الهبة من الفقير لعلمنا انه لم يقصد به العوض خصوصا
في عبد ذي الرحم المحرم فالمقصود منه الصلة لا العوض لا نتقال الملك الى مولاه **قلت** العبد
من اهل ان يعوض بمنافعه التي يوجد منه ومن اهل ان يعوض بكسبه عند اذن المولى فكان المقصود
منه ما هو المقصود بالهبة للحر وهو العوض واما الهبة للفقير فكان عن الصدقة واما
قوله في عبد ذي الرحم المحرم المقصود من الهبة الصلة قلنا لو كان العقد مع ذي الرحم المحرم فلا ثمرة
لذلك واما ههنا العقد وقع مع العبد لا مع القريب الا ترى ان الرد والقبول يعتبر منه دون المولى

باب الرجوع في الهبة

بالعرض

الى اخر ما ذكره في الباب الاول من هبة المبسوط والمراد عاد ورجع اي استرداد الرجوع اي لا ينفرد
بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك ينفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعا
باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كما روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل رجلا على
فرس في سبيل الله تعالى ثم رأى ذلك الفرس يباع فاراد ان يشتريه فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ذلك فقال له لا تعد في صدقتك والشرا لا يكون رجوعا في الصدقة حكما او المراد لا يحل الرجوع بطريق
الديانة والمروة وهو كقوله عليه الصلوة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت
شبعان وجاره الى جنبه طاو اي لا يليق ذلك بالديانة والمروة وان كان جائزا في الحكم اذا ملكه
حق او لحق العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه اي لا لتحريمه وبهذا يتبين ما تمسك به
الشافعي رضي الله عنه في عدم جواز الرجوع في الهبة للاجنبي فنقول شبهه بالعود في القي والعود في
الحرام ولذلك الرجوع في الهبة وانما نقول المراد من ذلك التشبيه الاستقباح والاستقذار بدليل
الحديث الاخر فقال العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود شبهه بعود الكلب في قيئه وفعل الكلب
يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول انه يستقبح هذا كله من المبسوط والاسرار ثم للرجوع موانع
ذكر بعضها في القدوري وجمعها القايل في قوله ومانع عن الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه
فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخا الخروج عن ملك
الموهوب له والزا الزوجية والقاف القرابة والها هلاك الموهوب وقوله او يزيد زيادة
متصلة وفي هذا قيدان احدهما نفس الزيادة وانما قيد بها لان النقصان في الهبة بفعل الموهوب
له او بغير فعله لا يمنع الرجوع والثاني قيد الزيادة المتصلة فانها لو كانت منفصلة لا تمنع الرجوع
حتى ان الجارية الموهوبة اذا ولدت فللواهب ان يرجع فيها ولا يرجع في ولدها وقال ابو يوسف
رحمه الله فيها اذا استغنى الولد عنها ثم اعلم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس
الموهوب بشي يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما لو زاد الموهوب في نفسه لكن
لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته بل يورث نقصانا فانه غير مانع للرجوع كما لو وهب غلاما
فطال عند الموهوب له وكان ذلك الطول نقصانا بحيث ينقص ثمنه فهو ليس بزيادة حقيقة
فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشي زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه
ذلك هذا كله في الذخيرة **فان قلت** كيف انعكست هذه المسالة بمسالة الرد بالعيب
في الصورتين سوا فان الزيادة المتصلة لا تمنع عن رد المبيع بالعيب هناك والزيادة
المنفصلة تمنعه على ما ذكرته في باب خيار العيب من كتاب البيوع وفي الهبة تمنع المتصلة عن
الرجوع ولا تمنع المنفصلة فما الفقه في هذا فبين لنا سر ذلك مستنبطا بحد مفصله الفقه
مثبتا **قلت** الفقه فيه هو ان المبيعة اذا ولدت ولدا ثم الرد بالعيب ولذلك لانه
لو رد لا يخلو اما ان يرد المبيعة وهي الاصل مع الولد او يرد الاصل لا غير فلا وجه لرد الاصل
مع الولد لانه لو رد الولد لا يخلو اما ان يرد مقصودا او بطريق التبعية فلا وجه لرده
مقصودا لان الرد بالعيب فسخ العقد من الاصل وفسخ العقد انما يكون في حق الذي ورد عليه
العقد ولم يرد العقد عليه فكيف يفسخ العقد في حقه مقصودا ولا وجه لفسخ العقد
في حقه تبعا للاصل لان الولد بعد الانفصال ليس تبعا للاصل لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما
فان شيئا من احكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض ولا وجه ايضا لفسخ العقد في
حق الاصل دون الولد لان الولد مبيع من وجه لانه متولد من المبيع والمتولد من الشي حدث
على صفة الاصل كالمتولد من المدبر والمكاتبة وما يكون مبيعا من كل وجه لا يسلم للمشتري
بعد فسخ العقد مجانا بغير عوض لانه ربا وكذا ما يكون مبيعا من وجه وههنا لو فعلنا
هكذا العقد وفسخ العقد في حق الاصل يبقى الولد سالما للمشتري مجانا بغير عوض في ضمن البيع وهو
عين الربا وهذا المعنى لا يمكن اعتباره في الهبة لانه يجوز ان يكون الولد موهوبا من غير اصل
لعدم لزوم الربا لان الربا مخصوص بباب البيع اما الزيادة المتصلة كالسمن والجمال بان كانت
جارية مهزولة فسمنت تمنع الهبة عن الرجوع لان الواهب انما يرجع مع الزيادة لا وجه له لان

الزيادة

[illegible]

[illegible]

احدهما

احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله ولنا انه اي ان الباقي من العوض
انما يصلح عوضا للكل من الابتداء اذ بالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو **فان قيل** في الابتداء يجعل
تمليك النصف عوضا له عن جميع الهبة واما في الاستحقاق فهو قد جعل تمليك الكل عوضا عن جميع الهبة
فيكون ذلك متضمنا منه على ان النصف عوض عن نصف الهبة فلا يجوز ان يجعل بعد الاستحقاق النصف
عوضا عن الجميع **قلنا** هذا يستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض ليتحقق المقابلة وهذا
ليس بمبادلة على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون عوضا
عن جميع الهبة فلا يكون له ان يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض وذكر في الاسرار بخلاف
ما اذا كان العوض شرطا لانهما بيعا ومبادلة فيتوزع البدل على المبدل واما في مسالتنا فالسقوط
حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب
بعض ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة ولم يذكر في الكتاب جواب قياسه والجواب عنه وهو الفرق
بين استحقاق نصف الهبة ونصف العوض هو ان المعوض ما ملكه العوض لاجل ابتغاء حكم المقابلة
في حقه فاذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف الهبة فاما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله
بشيء ثم تأثير العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك مثل الكل اذا تم رضاه فالحاصل
ان للعوض شبهين شبهة ابتداء الهبة من حيث ان العوض متبرع به وشبه المبادلة من حيث
انه ملكه مضافا الى الهبة فيوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع
بالهبة ولشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا ان يرد ما بقي لانه يتخير
اي الان الواهب مخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسك ما بقي ولا يرجع بشيء هذا
كله من المبسوط وله ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في النصف الذي لم يعوضه غاية ما في الباب انه
يلزم من هذا الشيوع في النصف في الهبة لكن ذلك الشيوع طارئ فلا يضره كما لو رجع في النصف من غير
تعويض **فان قلت** في هذا شبهة من وجه اخر وهو انه ذكر في الكتاب قبيل هذا ابطل الرجوع لان
العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع فلما كان العوض لاسقاط حق الرجوع يجب ان يعمل في كله
لان الاسقاطات لا تتجزى كما في الطلاق **قلت** ان كان في العوض معنى الاسقاط من ذلك الوجه
ولكن كان له شبهان اخران ايضا على ما ذكرنا من شبه الهبة وشبه المبادلة فمن هذين الشبهين
كان التعويض محتملا للتجزي فاذا اصاب العوض الى بعض الموهوب اقتصر حكمه عليه وذلك لانه يجوز ان
يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كما لو وهب له النصف وتصدق عليه بالنصف فلان
يجوز ذلك بقاء كان اولى بخلاف الطلاق فانه لا يحتمل التجزي في المحل لانه من الاسقاطات من كل وجه
ولهذا اشار في المبسوط في اصله اي اصل الرجوع وهاء اي ضعف وفي المغرب الحد في الوهاء
لغة انما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا اذا ضعف في حصول المقصود وعدمه خفاء لانه
يحتمل ان يكون عوض الواهب العوض الدنياوي ويحتمل ان يكون غرضه ثواب الاخرة ويحتمل ان يكون
غرضه اثبات الجود والسماحة فعلى الوجهين الاخرين ليس له الرجوع لحصول مقصوده وعلى الوجه
الاول له الرجوع فلما تردد بين الامرين احتاج الى القضاء ليترجح جانب الرجوع على عدمه ولذلك
اختلاف العلماء رحمهم الله في جواز الرجوع وعدمه دليل على ان صحة حكم الرجوع ليس بقطعي فلا بد ان
يتصل القضاء بالرجوع حتى يكون قطعيا فاذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل **فان قيل**
لا نسلم ان الرجوع بالتراضي فسخ من الاصل بل هو بمنزلة هبة مبتداة والدليل على هذا انه لو رده
في مرضه بغير قضاء ومات من ذلك المرض اعتبر من ثلثه ولو كان الرد بالتراضي فسخا من الاصل لاعتبر ذلك
من المريض من جميع المال كما في الرد بحكم القاضي **قلت** فيه روايتان وذكر ابن سماعة فيه
القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله وفي الاستحسان يعتبر من الثلث لا لانه تمليك
مبتدا لكن الراد في مرضه باختياره متهم بالقصد الى ابطال حق الورثة لما تعلق حقهم به والرد قصدا
جعل معتبرا من ثلثه لا لانه تمليك مبتدا كذا ذكر في باب العوض في الهبة من هبة المبسوط حتى لا يشترط
قبض الواهب الى اخره وفي المبسوط وفي الايضاح والرجوع في الهبة بغير قضاء فسخ كالرجوع بالقضاء وعلى
هذا دارت مسائل اصحابنا رحمهم الله فانهم قالوا الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة يصح ولو اعتبر

[illegible]

هبة مبتداة لم يصح مع الشيوع ولذلك لا يتوقف على القبض ولو كانت هبة مبتداة لتوقف على
القبض ولذلك لو وهب لانسان ثم وهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول
ان يرجع ولو اعتبر هبة مبتداة لم يكن له الرجوع وقال زفر رحمه الله الرجوع بغير قضاء بمنزلة
الهبة المبتداة لان الملك انما عاد اليه لتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا فليس للاول
ان يرجع وحاصله ان زفر رحمه الله لم يفرق بين الرد بالقضاء وبين الرد بالتراضي [illegible] والدليل
الفرق بين الرد بالقضاء وبين الرد بالرضا الرد بالعيب فانه اذا كان بقضاء القاضي كان فسخا
واذا كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدأ ولكنا نقول حق الرجوع للواهب مقصور على العين دون مثله
القضاء وبغير القضاء سواء كالاخذ بالشفعة وهذا لانهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي
ان لو رفع الامر اليه وانما يكون التراضي موجبا ملكا مبتدا اذا تراضيا على سبب موجب كالهبة
والصدقة والوصية وههنا تراضيا على رفع السبب الاول وذلك لا يصلح موجبا ملكا مبتدا
بخلاف الرد بالعيب فحق المشتري ليس في عين الرد بل بالمطالبة بالجزء الفائت ولهذا لو تعذر الرد
رجع بحصة العيب من الثمن وههنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين ويصح في الشائع
اي الرجوع يصح في الشائع بخلاف الهبة المبتداة ومن صور الرجوع في الشائع ما ذكره في المبسوط
فقال رجل وهب عبدا لرجلين فله ان يرجع في نصيب احدهما لذلك ان جعل نصيب احدهما هبة
ونصيب الآخر صدقة كان له ان يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل [illegible] قال وهذا في العبد غير مشكل
فان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها
الجواب كذلك وهو دليلنا على زفر رحمه الله فان الرجوع لو كان بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة
الهبة ابتداء لما صح في مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا انه فسخ وان العقد بقي في النصف
الآخر فيكون ذلك شيوعا طاريا ولا اثر للشيوع الطاري في الهبة والدليل عليه ان بالرد بالتراضي
يعود الملك الى الواهب قبل القبض وابتداء الهبة لا يوجب الملك الا بالقبض وهو الدليل على ان
الشيوع لا يمنع منه لان تأثير الشيوع في المنع من تمام القبض فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض فظهر
على الاطلاق اي فيظهر الفسخ في الرجوع في الهبة من كل وجه في الصورتين وهما الرد بالقضاء
والرد بالرضا بخلاف الرد بالعيب فانه لا يكون فسخا في الصورتين بل يكون فسخا في صورة الرد
بالقضاء لا غير فقيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان الرد بالقضاء
او بالرضا لان الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع الى البائع لا يكون
له ولاية الرد لان حقه كان في وصف السلامة فقد سلم لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة
كما في العارية لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق على المعير وهو غير عامل له اي الموهوب له
غير عامل للواهب فلا يرجع هذا احتراز عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع
في ذلك القبض لانه حفظ الوديعة لاجل المودع والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع هذا
جواب اشكال ذكره الشافعي رحمه الله في هذه المسألة بقوله ان الواهب غره فينبغي ان يرجع
المغرور على الغار كما كان في الهبة كالبائع اذا غر المشتري وانا نقول ان بمجرد الغرور لا يثبت
حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة اما نصا او في ضمن العقد للمعاوضة حتى لو كان الواهب
ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا نقول بانه يرجع على الواهب كذا في الذخيرة والدليل على
ما ذكرت من المسائل ما ذكره في الفصول للامام الاسروشني في الباب السابع ولو وهب ما غصب
او باع او تصدق او آجر او رهن او اودع او اعار فهلك ضمنوا قيمته ولا يرجع الموهوب له والمتصدق
عليه بما ضمنوا على الغاصب ويرجع المستأجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه ويرجع المشتري بالثمن
عليه ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب وذكر في باب الغرور من دعوى المنتقى ولا
يرجع على الواهب والمتصدق والموصي دين من قيمة الاولاد عندنا يعني لو كانت جارية استولدها الموهوب
له ونحوه وعند الشافعي رحمه الله يرجع به لان الغرور تحقق منه بايجاب الملك له في المحل واخباره
انها مملوكة سواء كان بعوض او بغير عوض ولكنا نقول بمجرد الغرور لا يكفي لاثبات حق الرجوع فان
من اخبر انسانا ان هذا الطريق آمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه لم يرجع على المخبر بشيء وانما

حق

هبة المشاع ولكن هو مشاع لا يحتمل القسمة لان المعنى من عدم احتمال القسمة هو انه لو قسمته حقيقة
ملك او تعيب على ما مر وكره وهنا لذلك فانه لو قسمته حقيقة هلك وهبة المشاع فيما لا يحتمل
القسمة جائزة كما لو وهب نصف عبد و نحو فما جوابه **قلت** جوابه هو ان عرضية الانفصال
والحمل ثابتا في الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب
وكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الحوالق وفيه طعام الواهب ولم يصح الهبة لان هبة ما هو
مشغول بملك الواهب تمنع له الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعا وكما
لم يصح هبة المشاع حقيقة فيما يحتمل مثل ان يهب نصف ارضه لم يصح هبة المشاع حكما مثل ان يهب
الحوالق وفيه طعام الواهب لامكان الانفصال وهاهنا وهو مما له الحمل سينفصل الحمل وكان في
الحال لا محالة اولى ان لا يصح عند بقاء ملك الواهب في الحمل وهو فيما اذا وهب الجارية بعد تدبير الحمل
فان قلت صاحب الايضاح مسالة هبة الجارية بعد تدبير ما في بطنها شبيه الاستثناء ومسالة
هبة الجارية بعد اعتاق ما في بطنها غير شبيه الاستثناء بعد ما ذكر حكم المسالة كما ذكر في الكتاب وكان هو
والحاكي ما بين المسالتين على ما لمسالة الكتاب بعد اتحادهما في الحكم فما وجهه **قلت** وجهه
لان صاحب الايضاح وهو الشيخ الامام ركن الدين ابو الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرماني رحمه الله اراد
بالاستثناء الاستثناء الذي يورث الشيوع في غير موضع الحمل كما لو قال وهبت هذه النخلة الا ثمرها
او هذه الارض الا زرعها او على العكس فكان مراده من الاستثناء الاستثناء الحقيقي الذي هو تكلم بالباقي
بعد الثنيا ولكن لم يصح الهبة بذلك الاستثناء لمكان الشيوع فكان هو متحققا في مسالة هبة
الجارية بعد تدبير حملها لبقاء الملك في المدبر فكانت هي في معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع كما ذكرنا
فلم يصح الهبة ولم يتحقق الشيوع في مسالة هبة الجارية بعد اعتاق حملها لعدم بقاء ملك
الواهب في الحمل فلم يكن في معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع فصح واما المصنف رحمه الله فاراد
بقوله فاشبه الاستثناء وبقوله فلم يكن شبه الاستثناء المذكور انفا وهو استثناء الحمل وهو
استثناء لفظا حقيقي لان الاستثناء الحقيقي هو التكلم بالباقي بعد الثنيا وليس بقوله وهبت
هذه الجارية الا حملها لذلك بل يلغي الاستثناء فصحت الهبة لعدم ورود الشيوع ولما كان كذلك
صح ما كان سببه بالاستثناء المذكور وهو هبة الجارية بعد اعتاق حملها ولم يصح ما لم يكن شبهها
له وهو هبة الجارية بعد تدبير حملها لمكان الشيوع وهو اختلاط الموهوب بغير الموهوب لبقاء
ملك المولى في المدبر ومن لم يكن مع خبره بمواضع التوفيق ومكامن التحقيق عن لفظ الكتاب في
لفظ الاستثناء وحمله كما هو لفظ الايضاح ولكن سوق الكلام فيما قبل الاستثناء وبعده ينادي
بطلان التعبير **قوله** رحمه الله او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها
او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل هذا على طريق اللف والنشر والا يصح اعني
قوله الى ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله
او تصدق عليه بدار واما قلنا هذا لانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب
دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح والشرط صحيح كما مر في قوله واذا وهب
بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين واما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة
وذلك انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدارا اللهم الا ان اراد
بقوله او يعوضه شيئا منها هو ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض فحل
الدار فيصح صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله او وهب دارا حينئذ الا انه يلزم التكرار المحض
من غير فائدة اذ معنى قوله على ان يرد شيئا منها عليه ثم انه لا يصح رد بعض الدار الموهوبة عوضا
عن كل الدار لما ذكرنا فمثل هذا من المبسوط في شرح قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له
متبرعا بالجعل بعض الموهوب بعوض كل الموهوب لا يجوز عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهبة العين
ممن عليه ابرا هذا الذي ذكره من حصل حكم الهبة بمنزلة حكم الابراء من كل وجه غير مستقيم على مذهبنا
وانما يستقيم على قول زفر رحمه الله وذلك لان هبة العين لمن عليه الدين لا يتم الا بالقبول والابرا
يتم من غير قبول ولكن للمديون حق الرد قبل موته ان شاء وعن زفر رحمه الله تعالى انه سوى بينهما

[illegible]

وقال يتم الابراء والهبة قبل القبول بناء على اصله انه يعتبر ما هو المقصود والمقصود في الوجهين اسقاط
لا التمليك ولكنا نقول الدين مملوك للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتمليك منه الا ترى انه
يملكه بالهبة منه هذا في حق المديون اما في حق الكفيل فانما صحت الهبة والابراء منه مفارقة من كل وجه
على طريق المضادة مع ان الكفيل ممن عليه الدين على قول البعض وانما قلنا ذلك لان هبة الدين
للكفيل تمليك من كل وجه حتى يرجع بالدين على المكفول عنه ولا يتم الا بقبوله وابراء الكفيل عن الدين
اسقاط من كل وجه حتى لا يرتد بالرد كذا في هبة المبسوط ولكن ذكر في المغني مرفقا لمذهب
زفر رحمه الله في ان هبة الدين لا يتوقف على القبول في حق المديون ايضا **فان قلت** ما
الفرق بين دين الصرف والسلم وبين سائر الديون فان في الصرف والسلم اذا ابرأ رب الدين المديون
منه او وهبه يتوقف على القبول ولا يبرأ من غير قبول وفي سائر الديون يبرأ من غير قبول والرواية
في المغني **قلت** الفرق بينهما هو ان هبة بدل الصرف والابراء عنه يوجب انفساخ عقد
الصرف لانه يوجب فوات القبض المستحق لعقد الصرف لان قبض بدل الصرف في المجلس مستحق
فالهبة والابراء يسقط بدل الصرف فيفوت القبض المستحق وفوات القبض المستحق يوجب بطلان العقد
الا ترى ان المشتري اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض يبطل البيع لهذا واذا ثبت ان احد العاقدين
لا ينفرد به فيتوقف على قبول الاخر لذلك بخلاف الابراء عن سائر الديون لانه ليس فيه معنى الفسخ
لعقد ثابت وانما فيه معنى التمليك من وجه ومعنى الاسقاط من وجه على ما ذكرنا وعلى هذا
اذا ابرأ رب السلم المسلم اليه عن السلم يتوقف الابراء على قبوله لان الابراء عن السلم موجب انفساخ
السلم لان به يفوت القبض المستحق لعقد السلم كما في الصرف كذا في الذخيرة وهذا لان الدين
مال من وجه بدليل وجوب الزكوة فيه وصحة الزيادة ووصف من وجه وليس بمال بدليل
انه لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث على ما ذكرنا من رواية التمرتاشي رحمه الله فبالنظر
الى المال كان مالا وبالنظر الى الحال وصف فكان تمليكا بالنسبة الى المال واسقاطا بالنسبة الى الحال
ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ثم اختلف المتأخرون في عمل الرد هل يشترط مجلس الابراء والهبة
ام لا قال بعضهم يجب ان يرده في المجلس ولكن الرواية عن السلف المجلس وغير المجلس في حق
صحة الرد سواء وقال الحلواني رحمه الله واختلف اصحابنا رحمهم الله الاعمش والاسكاف في توقت
الرد بالمجلس وانما اختلفوا لحرف ذكره محمد رحمه الله وهو ان الموهوب له لو قال مكانه لا اقبلها
كان ردا على حالها ذكر مكانه فقال احد الاعمش والاسكاف احدهما هذا توقيت بالمجلس وقال
الاخر ليس هذا بتوقيت كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها كالطلاق وذلك لان التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز ان يحلف به لا يحتمل
التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والاعتاق بالمال ثم ابراء الدين وان كان اسقاطا من وجه
ولكن ليس من جنس ما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط خلاف ما لو قال انت بريء من النصف
على ان تؤدي الي النصف لان ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد الا ترى انه لو قال لعبده انت حر على
ان تؤدي الي الف درهم فقبل انت حر لا يعتق قبل الاداء كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله
والامام المحبوبي ثم في قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف
بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها فيحتاج هاهنا الى بيان تفصيل
المشروعات التي يصح تعليقها بالشروط والتي لا يصح والى بيان ما يصح اضافته الى زمان في المستقبل
وما لا يصح فنقول وبالله التوفيق اعلم ان البيع بالشرط ان كان الشرط ملائما على ان كان
الشرط مما يقتضيه العقد نحو ما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التأجيل او الخيار لا يفسد
البيع وان كان في الشرط منفعة لاحد المتعاقدين ولكنه يخالف مقتضى العقد يفسد العقد
وان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت ان كان كذا فالبيع باطل سواء كان نافعا او ضارا
وكيف ما كان الا في صورة وهي ان يقول بعت ان رضي فلان به قال ابو الفضل يجوز اذا
وقت ثلاثة ايام لانه بمعنى الخيار وجملة ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد
ثلاثة عشر موضعا البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين

بالمأذون وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة
والمعاملة والاقرار والوقف في رواية ومما لا يبطل بالشرط الفاسد ستة وعشرون الطلاق والخلع
بالمال وبغير مال والقضاء والاجارة والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والوصية والشركة
والمضاربة والتحكيم عند محمد رحمه الله والكفالة والحوالة والاقالة والنسب واذن العبد في التجارة
ودعوى الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا او مؤجلا وجناية الغصب والوديعة
والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها كفالة او حوالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق
الرد بخيار الشرط بالشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن
لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر وكذا الهبة والصدقة والكتابة
بشرط متعارف وغير متعارف يصح ويبطل الشرط هذه الجملة في بيوع العدة وذكر في اجارتها جملة
ما يصح اضافته الى زمان في المستقبل اربعة عشر الاجارة وفسخ الاجارة والمزارعة والمعاملة والمضاربة
والوكالة والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف وما لا يصح
اضافته الى زمان في المستقبل البيع واجازته وفسخ البيع والقسمة والشركة والهبة والنكاح
والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين ذكر هذه الجملة هكذا في الفصل العشرين من الفصول
الاسروشنية وللرقبى من يعين لما روينا وهو قوله ان النبي عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى
وابطل شرط المعمر والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائز
وهذا الاختلاف في الحقيقة راجع الى تفسير الرقبى كما في مسئلة الصاسانية وابو يوسف رحمه الله
حمل تفسيرها كتفسير العمرى وهنا اللفظ عنده عبارة عن تمليك في الحال مع اشتراط الواهب في التمليك
جائز واشتراط الرجوع باطل كما في العمرى وهما جعلاها عبارة عن التمليك بالخطر ابتداء
بل لم يكن التمليك ثابتا في الحال فصار كانه قال ان مت فهو لك فعلى هذا الوجه لا يجوز
بالاتفاق وعلى الوجه الاول يجوز بالاتفاق كما في العمرى **فان قلت** لما كان معنى الرقبى لمعنى
العمرى عند ابي يوسف رحمه الله فما فائدته بعد هذا عن قوله عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى
ورد الرقبى ولو كان المعنى على ما ذكره كان تقدير الحديث اجاز العمرى ورد العمرى ولا يخفى
على احد فساد هذا الكلام **قلت** قال ابو يوسف رحمه الله كما ورد هذا الحديث ورد
حديث اخر ايضا وهو حديث صحيح رواه زبير عن جابر رضي الله عنهما ان النبي عليه الصلوة والسلام
اجاز العمرى والرقبى ثم يحتمل ما روي من البطلان محمولا على انه عليه الصلوة والسلام سئل
عن الرقبى التي بمعنى المراقبة بمعنى ارقب موتي ان مت فهو لك وما روي من الجواز محمول
على انه عليه الصلوة والسلام سئل عن الرقبى مفسرا بوجه صحيح الى هذا اشار في الاسرار وقال
في المبسوط فحديثه يروي عن الزبير عن جابر وحديثهما يروي عن الشعبي عن شريح والحديثان
صحيحان فلابد من التوفيق بينهما فنقول الرقبى قد يكون من الارقاب وقد يكون من الرقوب
حيث قال اجاز الرقبى يعني اذا كان الارقاب بان يقول رقبة داري لك وحيث قال رد
الرقبى اذا كان من الترقب وهو ان يقول ارقب موتك وترقب موتي فان مت فهي لك وان
مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل
المعنيين جميعا والملك لذي اليد فيها بيقين فلا نزيله بالشك واما الجواب عن قوله وان
قوله داري لك سكنى تكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك
التفسير وذكر في المغرب [illegible] وقوله في حديث جابر انه عليه الصلوة والسلام اجاز
العمرى والرقبى انه من الارقاب بمعنى رقبة داري لك للاشتقاق من الرقبة مما لم ينقله احد
واتباع شيء في اللغة بعيد استقرارها لاجل شاعة مقدوحة ليس بمستحسن واما الصواب ما ذكره
من معنى المراقبة والترقب واما قوله الحديثان صحيحان فان كان كذلك قلنا قبل ظاهر
وهو ان يراد بالرد حيث قال لا رقبى ولا عمرى ابطال شرط الجاهلية وبالاجازة ان يكون ذلك
تمليكا مطلقا ويدل على صحة هذا ما روى جابر انه عليه الصلاة والسلام قال امسكوا عليكم
اموالكم لا تعمروها فمن اعمر شيئا فهو له الا ترى انه نهى ثم اجاز على اختلاف الفرضين
ويبقى

اما اللغة

واما دليل شرعيتها

واما نوعها

واما شرائطها

واما ركنها
واما بيان الفاظها

[illegible]

الاستقاء على اصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى والله تعالى اعلم **فصل**
في الصدقة لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط الحقها بها وفصلها بفصل لمخالفتها اياها في الحكم
ولزوم الهبة لعمومها في حق المسلم والكافر ولكثرة تفريعاتها **قوله** رحمه الله لما بينا
اراد به قوله ولان في تجزئ الذائعة شيا لم يلتزمه وهو القسمة وكذا اذا تصدق على غنيين استحسانا
اي لا رجوع في الصدقة على الغنين ايضا كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ومن اصحابنا رحمهم الله
من يقول الصدقة على الغني والهبة سوا تعتبر فيها الرجوع قال لانه انما يقصد به العوض دون
الثواب الا ترى ان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سوا في ان المقصود الثواب وكذلك في حق
الغني الهبة والصدقة تستوا فيما هو المقصود ثم ان له ان يرجع في الهبة وكذلك في الصدقة
ولكنا نقول في ذكره لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه اولى من مراعاة
حال المتملك ثم المتصدق على الغني يكون قربة يستحق بها الثواب فقد يكون غنيا يملك النصاب
وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال
يتادى الواجب من الزكوة بالتصدق عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق وكذلك عند العلم بحاله
لا يثبت له حق الرجوع عليه كذا في المبسوط يجب ان يعلم بان الصدقة لا تقبل الاقالة وفي المحيط
اقالة الصدقة تمليكا مبتدا وهبة مبتداة اذا قال لله علي ان اتصدق بهذا الدرهم فتصدق
بغيره اجزاه وان لم يتصدق حتى هلك في يده فلا شي عليه كذا في الذخيرة وذكر انه والاول
سوا اي حكم المسالة الثانية حكم المسالة الاولى وقد مرت هذه المسالة في وجوهها وتفريعاتها
في مسايل النذر والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب وبه التوفيق والاعانة

٥ كتاب الاجارات ٥

لما فرغ من بيان تمليك الاعيان بغير العوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بالعوض
وهو الاجارة فتناسبا من حيث التمليك ولكن قدم الهبة على الاجارة لوجود المعنيين في الهبة
ولما اقتضى التقدم على الاجارة وهما العينية والمعدمية فان الاعيان مقدمة على المنافع وعدم
العوض مقدم على وجود العوض ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما
يتعاقبان لا يتمتعين فلذلك اورد كتاب الاجارة متصلا بفصل الصدقة ثم محاسن الاجارات
هي دفع الحاجات بقليل من الابدال ويسير من الاموال فلا كل احد يملك دارا يسكنها ولا طاحونة
يطحن بها ولا حماما يغتسل فيه ولا اجارة يحفظ فيه امواله من القاصدين ولا دابة يركبها ويركب
المسافرين ولا بغلا يحمل عليه اموالا تنقص بها ابلا تحمل اثقاله الى بلد لا يبلغه الا بشق الانفس
وكان شيخي رحمه الله كثيرا ما يقول فمن محاسن الشرايع ان الفقير ينتفع بفلسيه من الاستحمام مثل
ما انتفاع غني صرفه الالوف لاستحمامه في بنا الحمام فالبياعات شرعت لحظ الاغنيا والاجارات
شرعت على حظ الفقرا وقال الله تعالى حكاية عن بنت شعيب عليه الصلوة والسلام انه قال
لموسى عليه الصلوة والسلام اني اريد ان انكحك احدي ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج لتفلح
كليم الله تعالى الى الاجارة وكان تلك الاجارة اعظم بركة من كل تجارة لانها صارت وسيلة الى
المرور والطور وسماع الكلام من الملك الغفور وقد جا في الاخبار ان نوحا صلوات الله عليه وسلام
اتخذ مسكنا من حشيش فقيل له فيه فقال هذا لمن يموت كثير ولان الملك لا يليق بالعبد فاذا لم
يكن بد من ترجيه العمر بتلفه بما يتعيش به فالاستيجار به احق ولان الموجر يفرح بنيل المال
بلا زوال العين في الحال والمستاجر يفرح بالوصول الى المقصود من غير تحمل المون المعهود فهم
المسافرون سفر الاخرة ولا يستحسن من المسافر في كل منزل بنا الدار العامرة حتى ان
ابراهيم بن ادهم رحمه الله كان في باب بلخ اذ دخل عليه رجل احد امرا يمام لغير فقيل له ابن
تدخل قال ادخل الرباط لاسكن فقال هذه دار الامير فقال لمن ابن له هذه الدار فقيل وورثها
من ابيه قال وممن ورث ابوه فقيل من ابيه فقال الرجل وهل الرباط الا يسكن فيه ساكن ويتحول
ثم يترك فيه اخر فسمع ابراهيم هذا الكلام وافاق عن سكن الدنيا وتاب وبلغ الى ما بلغ فتحتاج

حكاية ابراهيم بن الادهم

لذا في الاسرار والايضاح ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا وهو
قوله عليه الصلوة والسلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وهذا الحديث دل بعبارته على
اشتراط اعلام الاجرة ويدلالته على اشتراط اعلام المنافع وهذا لان المنافع هي المعقود عليه
في عقد الاجارة والاجرة هي المعقود به فيكون المعقود الاصل تبع المعقود عليه واما المعقود به
فيجري مجرى البيع فلما اشترط اعلام التبع كان اشتراط اعلام المتبوع اولى فكان اشتراط اعلام المنافع
ثابتا بدلالة النص فصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط اعلام المنافع واعلام
الاجرة وما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان اي الاعيان التي ليست من ذوات الامثال
كالحيوانات والعدديات المتفاوتة فانها لا تكون ثمنا اصلا لما ذكرنا في البيوع ان الاموال ثلاثة
ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات
والموزونات ولما كان كذلك فالاعيان التي ليست من ذوات الامثال تصلح اجرة في عقد الاجارة
ولا تصلح ثمنا في البيع استفهام قولنا وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا ثم اعلم ان الاعيان التي
ليست من ذوات الامثال كالحيوان ونحوه انما يصلح اجرة اذا كان معينا اما اذا كان دينا فلا يصلح
اجرة ايضا لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن ما هو مال كذا في المغني وقوله وهذا
اللفظ اشارة الى قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لا ينفي صلاحية غير ن
الثمن لانه عوض مالي اي لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان
مال فيصح ان يكون اجرة واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يجب في الذمة كالدراهم والمقدرات
الموصوفة التي تجب في الذمة واما الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان فلا تجب
في الذمة فلا يصلح ان يكون ثمنا في البيع لذلك ولان البيع يوجب الملك في الثمن في الحال والعقد
يقتضي المساواة فيقتضي ان يكون المبيع مملوكا في الحال ولا يستقيم في الاجارة لان المنفعة وهي
المعقود عليها لا تملك في الحال لما ذكرنا انها تنعقد على حسب حدوث المنفعة والمنفعة غير
كائنة حالة العقد فلم يكن المنفعة مملوكة في الحال فلو صلحت الاعيان اجرة مع ذلك
وهي مما تملك في الحال لم يتحقق المساواة في عقد الاجارة **فان قلت** هذا عذر صحيح في ان الاعيان
تصلح اجرة ولا تصلح ثمنا لما وجه العذر في حق المنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع
كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح المنفعة ثمنا في المبيع اصلا كذا في المغني **قلت**
عرف العذر في حق المنفعة من الجانبين العذر الذي ذكرنا في حق الاعيان وهو ان
الثمن يجب ان يكون مملوكا بنفس البيع اذ لم يكن فيه خيار والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس
العقد لانها معدومة اما الاجرة فليس من شرطها ان تملك بنفس العقد وكانت الاجارة كالنكاح
فان المنفعة تصلح مهرا في النكاح اذ ليس من شرط المهر ان يملك بنفس العقد فان تسميته عند
الغير مهرا صحيح كذا في الدخيرة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت هذا احتراز عن قول
الشافعي رحمه الله حيث لا يجوز الاستيجار عنده اكثر من سنة واحدة وفي قول اخر يجوز الى ثلاثين
سنة ولا يجوز اكثر من ذلك وفي قول اخر يجوز ابدا ووجه قوله الاول ان جواز الاستيجار للحاجة
والحاجة في بعض الاشياء قد لا تتم الا بسنة كما في الاراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة ووجه
القول الثاني ان الانسان في العادة قل ما يكري بالاجارة اكثر من ثلاثين سنة ووجه
الثالث المنافع كالاعيان القائمة والعقد على العين يجوز من غير التوقيت فلذلك العقد على
المنفعة وحجتنا فيه ان اعلام المعقود عليه لا بد منه والمنافع لا تصير معلومة الا ببيان المدة
والعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه او كثر وقد دل على جواز الاستيجار اكثر من سنة قوله
تعالى على ان تاجرني ثماني حجج فان اتممت عشرا فمن عندك ولان كل مدة تصلح اجلا في البيع فانها تصلح
مشروطة في عقد الاجارة كالسنة ونحوها والمعنى ان المشروط هو الاعلام على وجه لا يبقى بينهما
منازعة وفي هذا لا يتفاوت بين ان يكون المدة طويلة او قصيرة كذا في المبسوط ثم لو وقتا
من الاجارة وقتا بحيث لا يعيش اليه احد العاقدين هل يصح هذه الاجارة ام لا بعضهم قالوا لا يصح
لانه كان يفتي القاضي ابو عاصم العامري ووجه ذلك ان الغالب ملحق بالمتيقن في حق الاحكام

[illegible]

واما حكمها

[illegible]

حتى يحكم بموت المفقود بموت اقرانه فاذا كان الظاهر انه لا يعيش الى تلك المدة صارت الاجارة بمعنى التابيد في الاجارة يبطلها وبعضهم جوزوها وممن جوز الخصاف لان العبرة في هذا الباب لصيغة الكلام العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا عبرة بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لان ذلك عسى يوجد فيما اذا كانت المدة مقدارا يعيش الانسان اليها غالبا ولا عبرة له ونظير هذا اذا تزوج امراة الى مائة سنة فانه يكون متعة ولا يكون هو بمنزلة التابيد حتى يصح النكاح وان كان لا يعيش الى تلك المدة غالبا وجعل ذلك بمنزلة نكاح موقت وكذا في مسالتنا اعتبرنا التوقيت وقلنا بصحة الاجارة وانما قلنا هكذا لان العبرة لظاهر اللفظ كذا في الذخيرة اذا كانت المنفعة لا تتفاوت هذا احتراز عن استيجار الارض للزراعة المدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت على ما يجيء بيانه في الكتاب في باب ما يجوز من الاجارة وهي جاز اذا على ثلاث سنين هو المختار المتولي اذا اجر الموقوف ان كان شرط الواقف ان لا يؤاجر اكثر من سنة لا يجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث سنين اما الاجارة اكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشايخ بلخ رحمهم الله لا يجوز وقال بعضهم يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه اخذ الفقيه كذا في التتمة والحيلة في ذلك حتى يجوز اكثر من ثلاث سنين ان يرفع الى الحاكم حتى يجوزه كذا في الصغرى لصدر الاسلام رحمه الله وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وذكر بعضهم في شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقدوا عقودا متفرقة على الاوقاف كل عقد على سنة فيكتب استاجر فلان ابن فلان كذا ثلثين عقدا عقودا كل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف كذا في الذخيرة وتارة تصير معلومة بنفسه اي المنافع تصير معلومة بنفس عقد الاجارة كما في اجير الوحد وفي بعض النسخ الاجير الوحد والاصح هو الاول لانه يقال في العرف اجير الوحد على الاضافة بخلاف الاجير المشترك فيه من الوحد بمعنى الوحيد ومعناه اجير المستاجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص ولو حرك الحاء يصح لانه يقال رجل وحد اي واحد والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

باب الاجرة متى يستحق

لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة الى ان يكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب وقال الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب ان تعلم بان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة ان كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ رحمهم الله على ان الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد رحمه الله اولا وما ذكره في الجامع والتحري قوله اخرا وانما قلنا ان ما ذكره في الجامع اصح لما ذكرنا ان الاجارة عقد معاوضة فموجب المساواة بين المنافع والبدل ما امكن ما لم تغير بالشرط كما في بيع العين ولو قلنا انه يجب ايفاء الاجرة قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة ويفضل الموجر على المستاجر واذا ثبت ان ايفاء الاجرة انما يجب بعد استيفاء المنافع عندنا فيقول كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب ايفاء شيء من الاجرة الا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كانت الاجارة معقودة على المدة كما في اجارة الدار او على قطع المسافة كما في كرا الدابة الى مكان كذا او على العمل كما في القصار وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال ان وقعت الاجارة على المدة كما في اجارة الارض فانه يجب ايفاء الاجر بحصة ما استوفى على ما يذكر بعد هذا ان شاء الله تعالى وذكر الامام المحقق شمس الائمة السرخسي ايضا في كتاب الاجارات من المبسوط ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان او دينا وانما تملك باحد معان ثلاثة وعند الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار او الدابة

الى

في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم ذانق ما دام في الوقت الذي يعلم انه لو كان لبسه
لكان لا يتخرق لانه امكن ان يكون منتفعا به في ذلك الوقت واذا مضى وقت يعلم انه كان اي لبسه
لتخرق سقط عنه الاجر لان بعد مضي ذلك الوقت بعد دخوله منتفعا به كذا في الذخيرة وشرح الاقطع
وفي اشنا داراً فالمواجر وقد ذكرنا ان في بيان اللغة الصواب ان يقال ايجار لان قولك
اجر هو افعل لا فاعل واسم الفاعل منه الموجر المواجر ومن استاجر لغيرا الى مكة فللجمال ان
يطالبه باجرة كل مرحلة حمل هنا القول في المبسوط والايضاح قول الكرخي واما في قولنا في حنيفة
رحمه الله المرجوع اليه لا يتقدر بشيء بل قال كلما سار شيئا له من الاجر بقدره وقوله ان
ياخذ بذلك هو قول ابي يوسف رحمه الله ومحمد كما اذا كان المعقود عليه الحمل فانه لو استاجر
خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر ما لم يفرغ من العمل ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة
يعني القياس بمعنى انه كلما سار شيئا ولو حطوه يجب تسليم ما يقابله من الاجر
ولكن ذلك العدد لا يعرف ولو اخذنا بالقياس لم يتفرغ لشغل اخر بل يسلم الاجر في كل ساعة
بقدر ما استوفى من العمل وذلك بعيد كذا في المبسوط وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ اعلم ان هذا الذي ذكره من الحكم بان العامل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام
رحمه الله والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان رحمهما الله والتمة بي
والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته وقال
لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر
ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك
الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد
على العمل ويبقى له اثر في العين لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون بعمل
الخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال على قول الاجر
يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر
كما في الجمال وذكر الامام قاضي خان رحمه الله وعلى هذا لو استاجر رجلا خياطا ليخيط له في منزله
كما عمل عملا استحق الاجرة بقدره وهكذا ايضا في غيرها ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد
ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في
هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عنده لما بينا اراد به قوله لان العمل في البعض غير منتفع ومن
استاجر خبازا ليخبز له في بيته اي في بيت المستاجر قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر
حتى يخرج الخبز من التنور **فان قلت** في هذا شبهتان احدهما ان وقت استحقاق الاجر
الى ايفاء العمل وهو اخراج الخبز من التنور يدل على ان هذا الاجير اجير مشترك لا اجير وحد لان
اجير الوحد يستحق الاجر بمجرد تسليم النفس ولا يتوقف استحقاق الاجرة الى الفراغ من
العمل واستعمال المستاجر اياه في بيته يدل على انه اجير وحد لان اجير الوحد هو الذي لا يعمل
الا للمستاجر واحد فلذلك سمي به ومهما كان في بيت المستاجر لم يمكن له عمل غيره فكيف
جمع بينهما هاهنا وبينهما تناف على ما يجيء ان شاء الله تعالى الفرق بينهما والثانية انه ان سلمنا
انه اجير مشترك فالاجير المشترك اذا عمل في بيت المستاجر كان مستحقا للاجرة بقدر عمله على ما مر
من روايات عامة الكتب بان الاجر يجب للخياط الذي يخيط في بيت المستاجر بقدر عمله غير
موقوف استحقاق اجرته الى الفراغ من العمل فكيف وقف استحقاق اجرته هاهنا الى الفراغ
من العمل مع انه في بيت المستاجر **قلت** اما الجواب عن الاولى فان هذا الاجير اجير
مشترك والفرق الصحيح بين الاجير المشترك واجير الوحد ما اشار اليه في المغني بان الاجير
المشترك من وقع العقد في حقه على المدة كما لو استاجر خياطا ليخيط له هذا الثوب بدرهم
واجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كما لو استاجر انسانا ليخدمه شهرا وقد وقع العقد
هاهنا على عمل الاجير فكان اجيرا مشتركا فلما كان اجيرا مشتركا كان استحقاق الاجر موقوفا الى الفراغ

[illegible]

من العمل ثم انما لم يستحق هاهنا بمجرد الخبز في التنور وهو الجواب عن الشبهة الثانية لان الاجير المشترك
الذي يعمل في بيت المستاجر انما يستحق الاجر بقدر عمله ان لو كان لذلك العمل الذي عمله قدر وقيمة كما
في الخياطة وهاهنا الخبز قبل الاخراج لم يبق له قيمة فلا يستحق الاجر بحسب ذلك القدر واليه هذا اشار الامام
قاضي خان رحمه الله وقال فان احترق الخبز في التنور قبل الاخراج لا اجر له على كل حال سواء كان في
بيت المستاجر او في بيت الاجير لان الخبز قبل الاخراج لا يصير منتفعا به ولا يتم العمل بخلاف الخياطة اذا خاط
في منزل رب الثوب فهلك الثوب بعدما خاط بعضه استحق حصته من الاجر لان قدر ما خاط منتفع به
فان اخرجه ثم احترق الخبز الى ان قال ولا ضمان عليه انما خص هنا بنفي الضمان لانه اذا احترق الخبز
في التنور قبل ان يخرجه فهو ضامن لان هذا جناية يده وصاحب الخبز ان شاء ضمنه قيمته مخبوزا
واعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له اجر كذا في المبسوط **قوله** رحمه الله قال
العبد الضعيف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده اراد به قوله ولا ضمان عليه لانه
لم يوجد الجناية ثم هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو يجري على عمومه
بانه لا ضمان على الاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك
بعد التسليم فقال القدوري ان عليه الضمان على قولهما لان العين مضمون على الاجير بمنزلة المغصوب
في يد الغاصب فلا يبرأ عن الضمان الا بعد التسليم دون الوضع في بيته كما هو الحكم في المغصوب ثم على
ما ذكره القدوري اذا وجب الضمان عندهما كان لصاحب الدقيق الخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه
ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا واعطاه الاجر قال القدوري ولا ضمان عليه في الحطب
والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان فهو رماد ولا
قيمة له كذا في الذخيرة الطبخ من حد نصر الغرف [illegible] اشتق من حد ضرب والمراد
هاهنا جعل الطعام في القصعة ثم قيد المسالة في الكتاب بالاستيجار في طبخ طعام الوليمة حتى انه
اذا استاجر في طبخ قدر خاص فليس عليه الغرف وذكر هذه المسالة مشروحا في المغني في الفصل
السادس عشر من التتمة فقال والطباخ اذا استؤجر في عرس او وليمة فاخراج المرقة من
القدور الى القصاع على الطباخ ثم قال وان استاجر لطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس
عليه لشرج اللبن تشريجه وضم بعضه الى بعض قوله استحق الاجرة اذا اقامه علق استحقاق الاجرة
باقامة اللبن لان الاجير اذا لبنه فافسده المطر قبل ان يرفعه او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير العمل
مسلما الى المستاجر ما لم يصر لبنا وما دام على الارض فهو طين لم يصر لبنا بعد فان اقامه فقد برئ
منه اللبان في قول ابي حنيفة رحمه الله وله الاجر وان فسد بعد ذلك وقالا لا يستحقه حتى يشرجه
استحسان اعتبارا بالعرف واعتبارا للشرج على اللبان بمنزلة الغرف فان غرف القدور في القصاع
كان مستحقا على الطباخ عند الاستيجار في الوليمة فكذا الشرج هاهنا على اللبان ولابي حنيفة رحمه الله
اخذا بالقياس فقال المستحق عليه تصيير الطين لبنا وقد فعل فانه لما اقام من وجه الارض عرفنا
انه صار لبنا وخرج من ان يكون طينا يوضحه ان المستاجر قد ينقل اللبن الى موضع العمل قبل الاقامة
فصار ذلك مستحقا على اللبان وهذا كله اذا كان يقيم العمل في ملك المستاجر فاما في غير ملكه فالله
يشرجه ويسلم الى المستاجر لا يخرج من ضمانه حتى اذا افسد قبل ان يسلمه اليه لم يكن له الاجر الا على قول
زفر رحمه الله وقد بينا نظيره في الخباز والفرق بين ما اذا كان العمل في بيت نفسه كذا في المبسوط
وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار له ان يحبس **فان قيل** في القصار عمله في ازالة الدرن
والوسخ لا في احداث البياض للثوب والبياض للقطن صفة اصلية **قلنا** نعم لكن لما
غلب عليه الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم حين اظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا
الى عمله فيكون اثر عمله قائما في المحمول كذا في المبسوط وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله واما
القصار اذا قصر الثوب فان ظهر اثر عمله باستعمال النشا [illegible] كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا ازالة
الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس في كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله قوله
وكل صانع ليس لعمله اثر الى ان قال كالحمال روي هذا روايتين بالحاء المهملة بالحمل وبالجيم وهو مكاري
الجمل فدليل الاول ما ذكر بعد هذا في الكتاب بقوله وغسل الثوب نظير الحمل ودليل الثاني ما ذكره

ولكن لفظ الاصل يدل على صحة الوجهين حيث قال ولو انه اقعد فيه قصارا او حدادا
او عمل ذلك بنفسه على ما مر ولم كنت كتبت هكذا توهما واعتمادا على قول شيخي رحمه الله بانه
اعرب بفتح اليا ثم اسكن ثم وجدت في المغرب المهملة العين فانه يريد لما ذكرت مصرحا فانه
قال وقوله استاجر بيتا على ان يقعد فيه قصارا الصواب فتح اليا وانتصاب قصارا على
الحال من ضمير الفاعل المستكن في يقعد ثم قال ويدل على هذا قوله فان قعد حدادا هكذا
لم يضا الدار الا بعينه واظهر من هذا قوله فان عمل فيه قصارا او حدادا فعليه الاجر ولا
لغرم في اجارة الدر فتوهم من قوله وليس له ان يقعد خياطا فان ذلك مثل قوله رجلان استاجرا
حانوتا يعملان فيه بانفسهما فاستعمل احدهما اجيرا فاقعد معه وهما يتغايران فتامل هذا
كله من المغرب الذي ذكرته وذكر في المبسوط بعد ما ذكر قوله ما خلا الرحا المراد رحا الماء او
رحى الثور اما رحى اليد فلا يمنع من ان ينصب فيه لان هذا لا يضر بالبنا وهذا من توابع السكنى في
العادة والحاصل ان كل عمل يفسد البنا او يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستاجر بمطلق العقد
لانه على هذا كسر الحطب المعتاد فيه لا يوهن البنا فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن
البنا فليس له ان يفعل الا برضا صاحب الدار وذكر في الذخيرة ورحا اليد اذا كان يضر بالبنا
يمنع منه وان كان لا يضر بالبنا لا يمنع هكذا اختاره شمس الائمة الحلواني رحمه الله وعليه الفتوى
ثم قال ولو انه اقعد فيها حدادا او قصارا او عمل ذلك بنفسه فانهدم شي من البنا ضمن قيمة
ذلك لان الانهدام اثر الحدادة والقصارة لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يوثر في الانهدام فيضاف
الانهدام الى القصارة والحدادة لانها ليست داخلة تحت العقد فيكون متعديا فيها فيضمن ما
تلف بها ولا اجر عليه فيما ضمن لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وان لم ينهدم شي من البنا
من عمل الحدادة والقصارة لا يجب الاجر قياسا لان عمل الحدادة والقصارة غير داخل تحت
العقد فصار الحال فيه بعد العقد كالحال فيه قبل العقد سوا ويجب الاجر المسمى استحسانا لان
المعقود عليه السكنى وفي الحدادة السكنى وزيادة فقد استوفى المعقود عليه وزيادة فهو بمنزلة
ما لو استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل احد عشر وسلمت الدابة وهناك يجب الاجر
لذلك ههنا فان اختلف الاجر والمستاجر في ذلك فقال المستاجر استاجرته للحدادة
وقال الاجر اجرته للسكنى دون الحدادة فالقول قول الاجر لانه لو انكر الاجارة اصلا كان القول
قوله فكذا اذا انكر الاجارة في نوع دون نوع وان اقاما البينة فالبينة بينة المستاجر
لان فيه زيادة وصف شرط ولفظ الاجر ان لم يستحسنه في هذا الموضع صاحب المغرب ولكن
لصاحب الاصل كان به فاورده بلفظه والمستاجر الشرب والطريق وهذه من مسائل
الجامع الصغير خلاف البيع يعني لا يدخلان في البيع الا بالذكر وهو ان بحقوقها ومرافقها
حتى يسمى ما يزرع فيها بفتح اليا على بنا الفاعل او ما يزرع منها … على بنا
المفعول ولفظ الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله وعن اذا استاجر ارضا ولم يذكر
انه يزرعها اي شي يزرعها فالاجارة فاسدة وهو ابين للمراد مما ذكر في الكتاب فان زرع
نوعا من انواع الحبوب من الحنطة والشعير والذرة وغيرها ومضت مدة الاجارة فاحكمه قد ذكر
في الاصل والجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله انه اذا زرعها نوعا من هذه الانواع ومضت
المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل الا انه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد فلا
يسلب الحرام كما لو اشترى خمرا وخنزيرا وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد جائزا
لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال وذلك لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب
حدوث المنفعة والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة
كالارتفاع وقت العقد فيعود جائزا وكذا اذا استاجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس لا يجوز
لان الناس يتفاوتون في اللبس فان عين اللابس بعد ذلك لا يجوز استحسانا ولا يجوز ان
يستاجر الساحة بالحاء المهملة وهو الارض الخالية من البنا والشجر بخلاف ما اذا انقضت
والزرع بقل بحيث يترك باجر المثل قال قلت ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كان

[redacted]

انتقاض عقد الاجارة فانتهاء مدتها يجب اجر المثل اذا ترك الزرع الى ان يستحصد وبين ما اذا
انتقض عقد الاجارة بموت احد المتعاقدين فان هناك يترك الزرع الى ان يستحصد من غير ايجاب
شيء بل المسمى في اول العقد هو الذي يجب وفي كلتا الصورتين انفسخت الاجارة **قلت**
في الصورة الاولى وهي ما اذا كان انفساخ الاجارة بسبب انتهاء مدتها كانت الحاجة الى الاستبقاء
لانه لا يمكن في حالة الترك تسمية فينعقد باجر المثل ولكن ان ابقينا الزراعة وقد نحن
وان امرناه بالقلع اضررناه فتركناه لذلك في يده باجر المثل رعاية للجانبين واستبقينا
عقد الاجارة لمكان الضرورة بخلاف الغاصب اذا زرع فانه يؤمر بالقلع لان ابتداء الفعل وقع
ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره وفي الصورة الثانية وهي موت احد المتعاقدين الحاجة
الى ابقاء الاجارة بسبق ما كان مسمى في العقد وذلك لان الباقي حكم ذلك العقد وذلك العقد
يستدعي ان يكون مضمونا بالمسمى كذا في الايضاح والجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله فامكن
رعاية الجانبين لانا لو قلنا تقلع زرعه كان فيه اضرارا بالمستاجر في ابطال حقه ولو تركنا
في يد المستاجر بغير اجر كان فيه ابطال حق صاحب الارض عن منفعة ملكه مجانا وهو لا يجوز
بغير رضاه فلذا يعدل النظر من الجانبين اذا ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل
وحاصل ذلك ان في حق البناء والغراس يجب الجواب في الصور الثلاث وهي الغصب والعارية
والاجارة فان الجواب فيها كلها واحد وهو انه يجب على الغاصب والمستعير قلع بنائهم
وغرسهم وتسليم الارض الى صاحبها لانه لا نهاية لها فترجح جانب صاحب الارض لانه
صاحب اصل فاما في الزرع فاختلف الجواب فيها ففي الغصب يلزم على الغاصب قلع الزرع في
الحال من غير نظر الى الاستحصاد لان الغاصب متعدي في الزراعة في الابتداء ولا يستحق بفعل
التعدي ابقاء زرعه لا باجر ولا بغير الاجر قياسا واستحسانا وفي الاجارة يترك باجر
المثل الى وقت الاستحصاد قياسا واستحسانا وفي العارية فيما اذا اعار الارض ليزرعها
ووقت لذلك وقتا او لم يوقت فلما تقارب حصاده اراد ان يقلع زرعه ففي القياس له
ذلك كما في البناء والغرس وهنا لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فللصاحب
ان ياخذها متى شاء كغاصب الارض اذا زرعها وفي الاستحسان لا ياخذها صاحبها الى ان
يستحصد المستعير زرعه لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع
نهاية معلومة فيترك وينبغي ان لو ينبغي ان يترك باجر المثل كما لو انقضت مدة الاجارة والزرع
بقل فيعدل فيه النظر من الجانبين على ما ذكرنا هذا كله مما اشار اليه في عارية المبسوط لان
الرطاب لا نهاية لها لانها تستنبت ابدا فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق
فان قيل ذكر في المبسوط في باب اجارة المتاع وان كان استاجر ثوبا ليلبسه يوما
الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان الناس يختلفون في
اللبس ثم قال وكذلك لو استاجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها او الحمل ولم
يسم من يحمل عليها يعني تفسد الاجارة وكذلك ذكر في الذخيرة والمغني وشرح الطحاوي فقال
اذا استاجر دابة للحمل او للركوب ولم يبين ما يحمل ومن يركب لا يحكم بجواز الاجارة وكذلك
ذكر في شرح الاقطع وقال اذا وقع العقد على ان يركب من شاء يجوز لانه اطلق الركوب فالعقد
فاسد لان ذلك مما يختلف اختلافا فاحشا فصار كالجنسين فيصير المعقود عليه مجهولا جهالة
فلا يصح وذكر في الكتاب الجواز في صورة الاطلاق في الركوب فما وجه التوفيق بين الروايتين
قلت قد وجدت بخط شيخي رحمه الله مكتوبا بهذا وجه التوفيق ما ذكره في اجارات
فتاوى قاضي خان رحمه الله اذا استاجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها فسدت الاجارة فان لم
ينقض الاجارة حتى حمل عليها شيئا جازت الاجارة ويصير كانه استاجرها لذلك
ابتداء وكذلك لو لم يحمل عليها شيئا ولكنه ركبها او اركب غيره جازت الاجارة ايضا لان الحمل
يتناول الركوب قال الله تعالى ولا على الذين اذا ما اتوك لتحملهم فلو انه حمل عليها او ركب
حتى جازت الاجارة يصير كان العقد ورد عليها فعلى هذا كان ما ذكره في الكتاب محمولا على اخذ

الاحوال

الاحوال فكان معنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي لو اركبه ينقلب
الى الجواز بعد ما وقع العقد فاسدا او المراد منه ما هو المذكور في شرح الاقطع كما ذكرنا فكان
معنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي قال الموجر للمستاجر اجرتك هذه
الدابة للركوب على ان تركب عليها من شئت والاوجه فيه ان يقال ما ذكره من الفساد هو
جواب القياس اي ابتداء وما ذكره من الجواز فهو جواب الاستحسان عند تعين الراكب
وهو المشار اليه في المبسوط فانه ذكر فيه بعد ما ذكر ان العقد فاسد لجهالة المعقود عليه
وهي جهالة تفضي الى المنازعة لان صاحب الثوب يطالب بالباس ارفق الناس في اللبس
والمستاجر يحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ثم قال وان لبسه هو او اعطاه غيره فلبسه
الى الليل فهو جائز وعليه الاجر المسمى استحسانا وفي القياس عليه اجر المثل وكذلك لو استاجر
دابة للركوب ولم يبين من يركبها ~~او لم يحمل الحمل~~ ولم يسم ما يحمل عليها فحمل عليها الى الليل
فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه اجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد
وجه الاستحسان ان المفسد هو الجهالة التي تفضي الى المنازعة وقد زال ذلك بانعدام العلة
المفسدة بعدم الفساد لحصول التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان
ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه او لبس غيره بخلاف ما اذا استاجره ليلبس هو
بنفسه ثم البسه غيره يضمن لانه صار مخالفا بالباس غيره بعد تعينه هو للبس بتسميته
نفسه في العقد والذي يضر بالبناء كالقصارة والحدادة خارج اي الذي يضر بالبناء عن
مطلق السكنى وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يسكن حدادا او قوله ان يحمل ما
هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير يصرف الى المثل
والسمسم يصرف الى الاقل لانه اذا كان النقد وسقها من حيث الكيل لا من حيث الوزن هذا
جواب الاستحسان واما اذا لم يسم مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن وقد
بينا نظير هذا في العارية وشرح هذا ما ذكره في عارية المبسوط وقال هذه المسالة على اربعة
اوجه احدها ان يحمل عليها غير ما عينه المالك ولكن مثل ما عينه في الضرر على الدابة من جنسه
بان استعار ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة اخرى
او ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لان التقييد انما يعتبر اذا كان
مفيدا فان حنطته وحنطة غيره في الضرر سواء والثاني ان يخالف في الجنس بان استعارها
ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعير ففي القياس يكون ضامنا لانه
مخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف
درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لانه لا فائدة للمالك
في تعيين الحنطة فان ذلك غير مقصوده ~~...~~ وفي زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة
من الشعير يكون اخف على الدابة وقد بينا انه انما يعتبر من التقييد ما يكون مفيدا
دون ما لا يفيد شيئا حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير
يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة
فحمل عليها حطبا او تبنا واما مثل كيلها من السمسم فلا ياخذ من ظهرها اكثر مما تاخذ الحنطة
ولكن ذكر في الرهن في هذا ايضا عدم الضمان وقال وذكر شيخ الاسلام رحمه الله في شرحه
انه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح لان ضرر السمسم مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند
استوائهما وزنا لانه ياخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة فكان داخلا
تحت الاذن وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله ثم قال في المبسوط والثالث ان يخالف
الى ما هو اضر على الدابة بان استعار ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا او اجرا مثل وزن
الحنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع في موضع واحد من ظهر الدابة وكذلك لو حمل عليها
مثل وزن الحنطة قطنا لانه ياخذ من ظهر الدابة فوق ما ياخذ الحنطة فكان اضر عليها
من وجه كما لو حمل عليها حطبا او تبنا والرابع ان يخالف في القدر بان استعارها ليحمل عليها

عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيتوزع الضمان بالكل فيضمن الضمان على ذلك وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها الى تمام الاجر اذا كان هلاك الدابة بعد البلوغ الى المقصد المستاجر ثم للمالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستاجر وان شاء ضمن ذلك الغير فان ضمن المستاجر لا يرجع على ذلك الغير مستاجرا كان او مستعيرا وان ضمن ذلك الغير رجع هو على المستاجر ان كان ذلك الغير مستاجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا في الذخيرة والمغني **فان قلت** هاهنا شبهتان واردتان احدهما انه ذكر في المبسوط في باب اجارة الدواب فقال لا الاجر والضمان لا يجتمعان فما في موضع من المخالفة لا يصير ضامنا يجب الاجر وفيما لا يجب الاجر كان ضامنا وهاهنا وجب عليه الاجر ونصف الضمان وكانا مجتمعين والثانية انه استاجرها ليركبها بنفسه وفي مسئلة لو اركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وهاهنا وجد اركاب الغير في الاستئجار لركوب نفسه مع ركوبه بنفسه ولو ركب بنفسه لم يجب عليه زيادة ضمان على ضمان الاركاب فينبغي ان لا يوجب نقصان ضمان منه وذلك لانه ضمن كل القيمة عند اركاب غيره منفردا فاذا اركبها معه اولى ان يضمن كل القيمة لان الضرر على الدابة هاهنا اكثر والضمان يدور مع زيادة الضرر اذا لم يكن مأذونا فيها **قلت** اما الجواب عن الاول فهو انما يسقط الاجر عند وجوب الضمان لانه ملكه بالضمان من طريق العقد والاجر عليه في ملكه فهاهنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى مقابل ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه والمعنى كما بينا ان الضرر على الدابة ليس من قبل ثقل الراكب وخفته فلهذا يتوزع الضمان بنصفين وهذا هو الجواب عما يشكل بقوله فان قيل حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة فقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر واما الجواب عن الثانية انه اذا حمل عليها غيره فهو مخالف في الكل سواء اركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره الا ترى انه لو كان استاجرها لركوب الاجراء اذا حمل عليها غيره وجب الاجر اذا اركبها وحمل مع نفسه غيره كذا في المبسوط بعضه في الاجارة وبعضه في العارية وفيه ايضا وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل رجلين فان كان يعلم انها لا تطيق ذلك فهو متلف لها فيضمن جميع قيمتها ثم انما قيد في مسئلة الكتاب بقوله اردف معه رجلا لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق لان ثقل عليها مع اخر ان ثقل الراكب الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة اما اذا كانت لا تطيق ذلك فيجب جميع ذلك الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة ولان الادمي غير مأذون الى ان قال ولا يعتبر عدد الراكب هنا احترازا عن غير الادمي مثل الحنطة وغيرها فان الاعتبار هناك للثقل حتى يتوزع الضمان بحسب الثقل على ما يجي في المسئلة التي تلي هذه المسئلة بقوله وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة وقد ذكرنا بيان قبل هذا في الوجه الرابع من وجوه المخالفة ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الادمي لا الثقل هو ان الادمي مخصوص بعلم الفروسية فقد لا يضر الراكب الثقيل بالدابة لعلمه بالفروسية ويضر الراكب الخفيف لعدم علمه بالفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا اردف مثله واما اذا اردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه فكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة كعدد الجناة في الجنايات الا يعتبر عدد الجناة بل يجعل الجاني كالجناة في جمع [illegible] ولا عدد الجنايات حتى اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة كانت اكثر تاثيرا من عشر جراحات فكذلك هاهنا سقط اعتبار الثقل لما ذكرنا واعتبر عدد الراكب

وان

وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة الى ان قال فعطبت ضمن ما زاد الثقل بيانه ما ذكرناه وهو انه لو استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيتوزع الضمان على ذلك **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين ما استاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته **قلت** الفرق بينهما هو ان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن فلهذا يضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك كذا في المبسوط وعن هذا قال في المغني في مسئلة الحنطة التي زاد الحمل على المسمى هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا حمل عليها احد عشر مختوما دفعة واحدة اما اذا حمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ثم حمل عليها مختوما فعطبت الدابة يضمن قيمتها تمامها كما في مسئلة الطحن **فان قلت** في قوله يضمن ما زاد الثقل يحتاج الى الفرق بين هذه وبين مسئلة اخرى وهي انه اعتبر ما زاد الثقل فيما اذا كان المزيد والمزيد من جنس المسمى فانه اذا استاجر دابة ليحمل عليها عشر شعير بكيل معلوم فحمل عليها حنطة مثل ذلك الكيل يضمن جميع قيمتها لان الحنطة بمثل كيل الشعير يكون اثقل على الدابة من الشعير فيكون حينئذ الكل زائدا **قلت** الفرق بينهما ان في كلتا الصورتين كانت الزيادة اضر على الدابة لكن الفرق بينهما ظاهر وهو ان المزيد والمزيد عليه اذا كانا من جنس واحد كان في حمل المزيد عليه مأذونا وفي حمل المزيد غير مأذون فلا يضمن لما اذن فيه ويضمن لما لم يأذن واما اذا كانت زيادة الثقل من غير جنس المسمى كان المخالفة في الجميع فيضمن ايضا جميع القيمة لهذا اشار في الذخيرة وذكر في الايضاح الفرق بينهما بدليل واضح من هذا فقال فيه بعد ما ذكر مسئلة الحنطة التي زاد على المسمى بحنطة بخلاف ما اذا استاجر ليحمل قفيزا من شعير فحمل قفيزا من حنطة حيث يضمن الكل ولا يضمن قدر الزيادة ولان هناك ما حمل غير داخل تحت العقد فكان مخالفا الا ان يسقط حكم الخلاف اذا استويا في الضرر فاذا [illegible] وبالظهر موجب الخلاف موجب الضمان وهاهنا الخلاف لم يوجد في قدر ما شرط وانما وجد في الزيادة فيضمن الزيادة ونظيره ما قال اصحابنا رحمهم الله في حائط مشترك بين رجلين ابلاه مائلا الى الطريق ثم اشهد على احدهما ثم سقط على انسان فقتله فانه يضمن بقدر نصيبه لانه كان من ثقل الحائط والثقل ابلاه ولو ذبحه اخره عليه فقتله جرحا فعليه نصف الدية لان التلف باعتبار الجرح وقليل الجرح وكثيره سواء الا ترى ان من جرح انسانا جراحة وجرح اخر جراحات كان الضمان نصفين لنسح الدابة بالجام ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا ولهما لا تنفذ الدابة الا به فيكون الاذن ثابتا فيه بالعرف وقوله كالمرور في الطريق لوجه الالحاق به من حيث حصول المنفعة لذلك الفعل للغير وذلك لانه ان ابيح له التصرف هاهنا انما ابيح لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك وفي الاجر مقرر بذوته ومثله يتقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج زوجته ورمي الرجل الى الصيد ومشيه في الطريق فان هذا كله مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما اذا اذن المالك صريحا فان فعل الاذن فعله كفعل المالك كذا في المبسوط وانما الاب اذا ضرب ابنه للتاديب ضربا يضرب مثله للتاديب فمات من ذلك يضمن الدية والكفارة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن وعلى هذا الخلاف الذي الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على راس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب وقيل الجواب يجري على الاطلاق وهو انه يضمن في كل حال وفي الفرق ان المودع مأمور بالحفظ الى اخره وحاصله ان في الاستعارة

والاستعمال الامر بالحفظ غير منصوص عليه ولا مصرح به وانما ثبت لهما ولاية الحفظ ضرورة
الانتفاع فاذا جاوزا وزفها الى الحيرة صار غاصبا ابها والغاصب لا يبرا عن الضمان الا بالرد الى
المالك او على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك نصا والحفظ في الايداع منصوص عليه
والامر به مطلق فيتناول كل زمان فاذا عاد الى الوفاق فقد وجد الرد الى من هو
مامور بالحفظ نصا **فان قيل** لا كذلك فان غاصب الغاصب اذا رد المغصوب
على الغاصب فانه يبرا وان لم يوجد الرد على احد هذين **قلنا** نزيد في المأخذ فنقول
انما يبرا بالرد الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه
من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد
الظهيرية **قوله** رحمه الله وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به
تبعا للاستعمال لا مقصودا **فان قلت** الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان
غير مستقيم لما ان يد المستاجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع
بخلاف المستعير ولذلك مونة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة
قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن ابان رحمه الله في الطعن في جواب الكتاب
ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده
ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور ولذلك مونة الرد عليه لما قلنا من المنفعة
له في النقل فاما يد المستاجر يد نفسه لانه هو المنتفع في امساك العين المستاجر اذ لو
لم يكن له في امساك العين نفع لما اختار امساك العين على ما له من الاجر **[illegible]**
فقد قال في الاجارات لو ان امراة استاجرت ثوبا لتلبسه اياما فلبست بالليل كانت
ضامنة ثم اذا جاء النهار برئت من الضمان حيث ذكر براءة المستاجر عن الضمان بمجرد الرجوع
الى الوفاق **قلت** وجوب الضمان عليها بالاستعمال دون اليد فان لها ان تمسكه بالليل
والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد بمجيء النهار وههنا وجوب
الضمان ايضا باعتبار امساك الدابة بعد المجاوزة بدليل انه لو لم يركبها حتى هلكت
كان ضامنا لها والامساك باق وان اعادها الى الحيرة ولا يبرا من الضمان الا بسبب من
وهو الرد الى يد ما هي قائمة مقام يد المالك ولم يوجد كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله
اذ لا فائدة في التقييد بعينه الى من حيث المنع الا لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا
يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحب الدابة اذا كان غير ذلك السرج مماثل السرج الذي
عينه المالك وكان الاولى في اللفظ ههنا ان يقال اذ لا فائدة في التقييد بعينه اي
بغير ذلك السرج الذي عينه المالك كما قاله الامام المحبوبي رحمه الله حيث قال فان كان
اسرجه بسرج يسرج مثله الحمار فلا ضمان عليه لانه لا فائدة في تعيين ما عينه من السرج
فان عينه ومثله في الضرر على الحمار سواء وهو كما لو استاجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم
من حنطة بعينه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره وان كان لا يسرج مثله الحمار بان
اسرج الحمار بسرج البرذون فكان هو بمنزلة الاكاف ضمن اي جميع القيمة وفي الفوائد
الظهيرية ضمن القيمة ولم يذكر فيه خلافا ثم قال فان قيل التفاوت بين السرجين
دون التفاوت بين السرج والاكاف لان السرج جنس واحد اما الاكاف
مخالف للسرج جنسا فيجب ان لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما كما لو اوكف المسرج لما بين
قلنا التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والاكاف في الصورة والاسماء
المطلوب منهما اما في حق الاضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمار وبين الاكاف يوكف
بها الحمار اقل من التفاوت بين سرج الحمار وسرج البراذين والضمان حكم متعلق بالضرر واذا
ما كان يوكف مثله الحمار ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله لعين الذي حماد السرج فنزع السرج
واوكفه باكاف يوكف بمثله الحمار وذكر هذه المسالة في الاجارات وقال يضمن
بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله من مشايخنا من قال ليس

في

في المسالتين اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يذكر في الجامع الصغير
انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين اي قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا
على المفسر ومنهم من قال عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الاجارات يضمن
بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده
رحمه الله وهو الاصح وتاويلها ومعنى قول ابي يوسف رحمه الله ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى
الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله من مشايخنا من قال المراد هو المساحة حتى اذا كان
السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف
القيمة ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان السرج منوين والاكاف
ستة امنان يضمن ثلثي قيمتها وجعل هذا بمنزلة ما لو استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم
حنطة فحمل عليها احد عشر مختوما كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله اما اذا
كان يضمن الى اما اذا كان التفاوت بين الطريقين ضمن والتفاوت هو ان يكون الطريق
الذي اخذ فيه مما لا يسلك او وعرا او ابعد او اخوف ثم هلك المتاع ضمن وان بلغ الشيء
المتاع مع ذلك فله الاجر لحصول المقصود كذا في الفوائد الظهيرية الا ان الظاهر عدم التفاوت
جواب اشكال يرد على التفصيل وهو ان يقال ان محمدا رحمه الله اطلق الرواية بانه لا ضمان
عليه فيما اخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فكيف يقيدها بهذا اي ان بلغ
فله الاجر لانه ارتفع الخلاف ولذلك في مسالة البحر التي تلي هذه المسالة **فان قلت**
كيف اجتمع ههنا الضمان مع الاجر وقد ذكرت في مسالة الارداف فاقلا من المنصوصات
الضمان والاجر لا يجتمعان **قلت** ليس ههنا الذي ذكره جمع بين الضمان والاجر بل
عملهما في حالتين مختلفتين فان الضمان في حالة عدم التبليغ والاجر في حالة التبليغ وبين
علمنا ان هذا جمع بينهما لكن مثل هذا الجمع لا باس به فانه ذكر في الجامع الصغير للامام المحبوبي
لا يبعد ان يضمن عند الهلاك ويلزمه الاجر عند السلامة كالعبد المحجور عليه اذا اجر نفسه
فان تلف في العمل كان المستاجر ضامنا وان سلم يجب له الاجر وهذا مثله لعدم التفاوت
بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وعن العباس
بن عبد المطلب رضي الله عنه انه كان اذا دفع ماله مضاربة شرط على مضاربه ان لا يركب
البحر به ولا ينزل واديا وان لا يشتري ذا كبد وقيل ان راكب البحر دود على عود لانه غائب
للارض على شاطئ ربنا اشارة الى ما ذكره من التعليل وهو قوله لان الرطاب اضر بالارض
من الحنطة الى اجرة فانه كان ولا يكون مستوفيا ما تناوله العقد **فان قيل** لا كذلك
فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوى في ذلك زراعة الرطبة
والحنطة وازداد على العقد المستحق عليه فينبغي ان يجب الاجر عليه **قلنا** ضرر الحنطة على الارض
اقل من ضرر الرطبة فالحنطة تزرع في كل سنة والرطبة لا تزرع في كل سنة ولكنها تمر في كل
سنة الى ان تبلى اصلها فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيا
للمعقود عليه ثم لا بد من ايجاب ضمان نقصان الارض عليه ولا اجر مع الضمان لا يجتمعان
وجوبا ووجودا او ان زرع في الارض ما هو اقل ضررا بالارض من الحنطة يجوز ويلزمه
الاجر المسمى لانه خلاف الى خير فلم يصر غاصبا به ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه
قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء هذا اذا تصادقا
على الامر بخياطة القميص وان اختلفا فقال صاحب الثوب امرتك ان تخيطه قميصا
وقال الخياط لا بل امرتني ان اخيطه قباء فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه وان حلف
فالخياط ضامن وان اقاما البينة فالبينة بينة الخياط لانه يثبت الاذن في خياطة
القباء والوفاء بالمعقود عليه والاجر وقد نفاه صاحب الثوب وهذا اذا اختلفا في العمل
ولو اختلفا في الاجر فالقول قول صاحب الثوب ايضا لانه منكر للزيادة والبينة
بينة الخياط لانها تثبت الزيادة **قوله** وان اعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما لان
الخياط موافق في اصل عمل الخياطة ومن حيث انه خاطه قميصا بوجه عليه لبسه ومخالف في المعلم

لما ان القباء قميص فان شاء مال الى جهة الوفاق واعطاه اجر مثله لانه اقام العمل لعقد
الاجارة لكنه لا يلزمه جميع المسمى لان صاحب الثوب رضي بالمسمى مقابلا بالخياطة القميص
دون القباء ولا يجاوز به اجر المثل المسمى لان المنافع عندنا لا تتقوم الا بالعقد وليس هو وراء المسمى
عقد ولو اوجبنا به المسمى ومعناه بغير عقد فلا يجوز ولم يلزمه اجر مثله كما لو شرط على الصباغ
ان يصبغه صبغا حالكا رقيقا او على العكس حيث يلزمه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي لما ذكرنا
هاهنا هذا كله من شرح الجامع الصغير للعتابي والمحبوبي وغيرهما القرطق لغويين
ويك تاهي والقرطق هو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص ويقال بالفارسية بكهي هذا
كله كان بخط شيخي رحمه الله وفي المعرب القرطق قبا ذو طاق واحد يعني بكاه الا انه
يجب اجر المثل لا المسمى لان المستعمل لم يرض بالمسمى الا على صفة مخصوصة ولم يسلم تلك
الصفة فيجب اجر المثل كذا في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الاجارة الفاسدة

لما فرغ من بيان احكام الاجارة الصحيحة شرع في بيان الاجارة الفاسدة وقدم الصحيحة
لانها موجودة باصلها ووصفها فكانت هي اولى بالتقديم من الاجارة الفاسدة التي هي موجودة
باصلها دون وصفها ولان الاصل في عقود اهل الاسلام الصحة فكانت اولى بالتقديم
عقد يقال هو من الاقالة لا من القول والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز
به المسمى فكان معناه اي الاقل من اجر المثل ومن المسمى اعلم ان هذا الذي ذكره من
الحكم بان الواجب هو الاقل من اجر المثل ومن المسمى فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط
فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد
منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كذا في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان وقال في فتاوى
قاضي خان رحمه الله الاجارة اذا كانت فاسدة ووجب اجر المثل هل يجب بالغا ما بلغ
ينظر ان كان فساد الاجارة لجهالة المسمى من الاجر او لعدم التسمية يجب اجر المثل
بالغا ما بلغ كذا في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان رحمه الله وقال في فتاوى قاضي
خان رحمه الله الاجارة اذا كانت فاسدة ووجب اجر المثل بالغا ما بلغ وكذا لو استاجر
دارا او حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستاجر كان على المستاجر اجر المثل بالغا
ما بلغ لانه لما شرط المرمة على المستاجر صارت المرمة من الاجر فيصير الاجر مجهولا فاما
اذا كان فساد الاجرة بحكم شرط فاسد او نحو ذلك كان له اجر المثل ولا يزاد على المسمى
كذا في الذخيرة والمغني ان العقد اذا فسد مع كون المسمى كله معلوما فالاجر يجب
اجر المثل ولا يزاد على المسمى حتى ان المسمى اذا كان خمسة واجر المثل عشرة يجب خمسة
لا غير واذا فسد العقد لجهالة المسمى او لانعدام المسمى يجب اجر المثل بالغا ما بلغ حتى
ان المسمى اذا كان خمسا واجر المثل عشرة وكذلك اذا كان المسمى بعضه مجهولا وبعضه
معلوما كما في مسالة المرمة والنائبة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ اراد بتلك المسالة
ما اذا تكارى رجل من رجل دارا كل شهر بعشرة على ان ينزلها هو بنفسه واهله
على ان يعمر الدار ويرمها ما كان فيها من خراب ويعطي اجر حارسها وما نابها من نائبة من جهة
السلطان او غيره فالاجارة فاسدة وهذا الجواب صحيح في الحمام والحوانيت لانه جعل
على رب الدار لانها تجعل له بنفسها دونما هو بهذا الشرط شارطا لنفسه شيئا مجهولا
فاما اجر الحارس فهو على الساكن فان لم يسكنها فلا شيء عليه لان الاجارة فاسدة والاجر
في الفاسد من الاجارات لا يستحق الا باستيفاء المنفعة وان سكنها فله اجر مثلها بالغا
ما بلغ يجاوز به المسمى المعلوم ولكن ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس
فيكتفى لذلك بالضرورة المتقوم في العقد الصحيح من عقود الاجارة دون الفاسد منها
وتعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة اي تعتبر في الاجارة الفاسدة ما يعتبر بدلا في الاجارة
الصحيحة وفي الاجارة الصحيحة يبلغ الى المسمى لا غير ولا يجاوز عن المسمى فكذا في الفاسد

يجاوز

لا يجاوز عنه وفي هذا احتراز عن قول زفر والشافعي رحمه الله فان صحت التسمية انتقل عنه
اي انتقل التسمية على ما قيل وذكر التسمية عن الموجب الاصلي وهو قيمة الاعيان والا فلا اي وان لم
تصح التسمية في الاعيان فلا انتقال للموجب للتسمية عن الموجب الاصلي وهو قيمة الاعيان وذكر
في شرح الكافي الاجارة الفاسدة ملحقة بالصحيحة وان لم يكن فيها ضرورة لان العلة مراعى في
الاصول دون الاتباع فاذا ظهر التقوم يجب المصير الى الاسواق معرفة قيمته الا اذا انتقض
بذلك العذر لا يظهر التقوم في الزيادة عليه واما في مسالتنا فعدم التقوم اصل وانما يتقوم
بالعقد بعذر التسمية امكن اعتبار التسمية اذا كان المسمى معلوما كله فاذا زاد عليها شيء غير متقوم
عليها كانت في الاصل واذا فسد العقد لجهالة المسمى او لانعدام المسمى يجب اجر المثل بالغا ما بلغ
كذا في الذخيرة واذا تم اي الشهر الاول كان لكل واحد منهما اي نقض الاجارة بمعنى اذا فسخ احدهما
الاجارة من غير حضر صاحبه هل يصح ام لا فمن مشايخنا من قال انه على الخلاف على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لا يصح وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يصح ومنهم من قال لا يصح الفسخ هاهنا
الا بحضرة صاحبه بلا خلاف وهذا نوع دلائلها مذكورة في الذخيرة فان سكن ساعة من الشهر
الثاني صح العقد فيه وفي المبسوط وان سكنها من الشهر الثاني يوما او يومين لم يكن لكل
واحد منهما ان يترك الاجارة الى تمام الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد في الشهر
ثم اذا سكنها يوما او يومين فيلزم العقد فيه لتراضيهما كما لزم في الشهر الاول وفي ظاهر
الرواية الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك راس
الشهر وبعض المتاخرين يقول الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الداخل
ويومها لان ذلك راس الشهر وبعض المتاخرين يقول الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال
حتى اذا مضت ساعة فالعقد يلزمهما وهو القياس ولكن فيه نوع حرج فلذلك الحرج
قال الخيار لكل واحد منهما اليوم الاول من الشهر وذكر في الذخيرة وفي الاصل اذا استاجر
الرجل من اخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وبعضهم قالوا
اراد بقوله هذا جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة
فاسدة لجهالة المدة وبعضهم قالوا الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كالاجارة
في الشهر الاول والى هذا اشار محمد رحمه الله في الكتاب بدليل عليه وانما جازت الاجارة فيما
وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار
لكل واحد منهما راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة
ثم ان المشايخ اختلفوا بعد هذا في كيفية امكان الفسخ لكل واحد منهما راس كل شهر وانما اختلفوا
لان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال
مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه
لم يجئ وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلاثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ
قبل مضي الشهر فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر
واهل الهلال عمل الفسخ عمله وينفذ لانه لما حل ثبت اوانه والفسخ اذا حصل
قبل اوانه يتوقف ثبوته وبه كان يقول ابو نصر محمد بن محمد بن سلام او يقول
الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال
فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا
او الفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل
يقول المراد بقول محمد رحمه الله بعد ان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر راس
الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما اراد به راس الشهر من حيث
العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا كما قال محمد رحمه الله في
كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل
فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا وفي شروط الحاكم احمد السمرقندي رحمه الله اذا استاجر

وان كل شهر بكذا فيجب الاجرة بشهر او بثلاثة وبعض لا اخر ذلك لا يكون لاحدهما نقض ذلك
ولاية الفسخ في ذلك ما بحال وكان ان يتحلل بينهما دلالة العقد في الشهر الثاني والثالث
قوله رحمه الله ثم يعتبر ابتدا المدة مما سمى بان يقول من شهر رجب من هذه السنة
مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره وهذا الجواب لا يشكل فيما اذا استاجر
كل شهر ان الاجارة ثم قلت الا بد فلا بد ان يدخل الشهر من حيث وقع عقد الاجارة وانما
يشكل فيما اذا استاجرها شهرا واحدا فانه منكر والذي يلي العقد معين لكن يتعين
الذي يلي العقد اما بمقتضى مطلق العقد واما بدلالة الحال لان الظاهر من حال
العاقل المتدين ان يقصد صحة العقد ولا تصح الاجارة لو لم يتعين الشهر الذي يلي العقد
لانحصار يكون الاجارة على شهر لا بعينه واما مطلق العقد فان مطلقه يوجب حكمه
للحال وحكم الاجارة ثبوت الملك للمستاجر في المنفعة وانما يقع الملك فيها في الحال
اذا تعين الشهر الذي يلي الاجارة كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط واذا استاجرها
كل شهر ولم يسم اول الشهر فهو من الوقت الذي استاجرها عندنا وقال الشافعي
رحمه الله لا يصح الاستئجار الا ان يتصل ابتدا المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط وهذا
لانه يكون الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين ما سمى النكرة الا ترى انه لو قال
لله علي ان اصوم شهرا لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه ولكنا نقول
الاوقات كلها في حكم الاجارة سوا وفي مسئلة تعيين الزمان الذي يعقب السبب
كما في الاجال والايمان اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التاخير عن السبب
الموجب لا يكون الا بموجب والموجب ينعدم فيما يستوي فيه الاوقات بخلاف الصوم
فانه يختص التبرع فيه ببعض الاوقات نحو ان الليل لا يصلح لذلك وكذلك العيد
وايام التشريق لو صح فيه ان التبرع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يعزم
ذلك بالسبب ثم ما دخول المنفعة في العقد لا يستدعي معنى من جهته سوى العقد
فما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد ثم ان كان العقد حين يهل الهلال
وقع الهاء على صيغة ... المعقول الى يصير الهلال ارادته اليوم الاول من الشهر
شهور السنة كلها بالاهلة اي يعتبر او تمت لانها هي الاصل اي الاهلة اصل
في الشهور دون الايام فان الايام بدل عن الاهلة قال الله تعالى يسالونك
عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج وقال صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته
وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الى البدل اذا
تعذر اعتبار الاصل ولما كان كذلك اذا استاجرها شهرا حين اهل الهلال
فاعتبار الاصل هنا ممكن وكان له ان يسكنها الى ان يهل الهلال من الشهر الداخل
واذا كان في بعض الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام ثلاثين
يوما كذا في المبسوط وان كان في اثنا الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله
وان كان عقد الاجارة في نصف الشهر او بعض ما مضت ايام منه فانه يقع على
السنة كلها بالايام ثلاثمائة وستين يوما وعندهما احد عشر بالاهلة والشهر
بالايام حيث ما بقي من اول الشهر يكمل من الشهر الاخر كذا في شرح الطحاوي رحمه الله
وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله الاول بالايام والباقي
بالاهلة وفي الذخيرة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعتبر الشهر الاول بالايام
ويكمل من الشهر الاخير وباقي الشهور بالاهلة وفي المبسوط واذا استاجرها سنة
اولها هذا اليوم وهو لاربع عشرة مضت من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحد
عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الثاني وهذا غلط والصحيح ما ذكر
في بعض الروايات استاجرها لاربع عشرة بقيت من الشهر لانه اذا كان الماضي من الشهر
الاول اربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يوما فعرفنا ان الصحيح لاربع عشرة

بقيت

بقيت من الشهر ونظير العدة الى من حيث الاعتبار بالاشهر واما اذا كان الطلاق
واقعا في خلال الشهر فتعتبر العدة بالايام هنالك بالاتفاق عن ذلك الوجه لم يكن مسئلة
الاجارة نظيرة مسئلة العدة لانه ذكر في المبسوط في كتاب الاجارات وقال وقد ذكر
في كتاب الطلاق في العدة انها تعتبر بالايام ثم قال يعني على قول ابي حنيفة رحمه الله واحدى
الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لا حاجة الى الفرق وعلى قول محمد رحمه الله وهو احدى
الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله الفرق بين الفصلين ان الاجارة عقود مترقية
فاذا اهل الهلال يتجدد انعقاد العقد عند ذلك فيجعل كانه جدد العقد عند ذلك
فلهذا يعتبر احد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك في العدة لان الكل في حكم شي واحد
فيعتبر كلها بالايام وقد مر في الطلاق هذه جوابه عن زيادة فان مثل هذا الاختلاف
على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة رحمه الله تعتبر بالايام وعندهما الباقي بعد الاول
والاخر بالاشهر لم يذكر في الطلاق وما يتعلق به ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام واما
جواز هذين الفاعلين لان للناس فيهما حاجة وقد قال في المبسوط وذكر عن عمارة
بن عقبة رضي الله عنه قال قدمت على عثمان رضي الله عنه فسالني عن مالي فاخبرته
ان لي غلمانا حجامين لهم غلة وحماما له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام فقد كره
بعض العلماء اتخاذ الحمام بظاهر الحديث فقالوا الحمام بيت الشيطان سماه رسول الله عليه الصلوة
والسلام شر بيت فانه يكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم
من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن منعن من
الخروج وامرن بالقرار في البيوت واجتماعهن قلما يخلو عن فتنة وقد روي ان نساء
دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتي يدخلن الحمامات واخرجهن
والصحيح عندنا انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة الى
ذلك خصوصا في ديارنا والحاجة في حق النساء اظهر لان المراة تحتاج الى الاغتسال
من الحيض والنفاس والجنابة ولا يمكن من ذلك في الانهار والحياض كما يتمكن منها
الرجل وقد صح في الحديث ان النبي عليه الصلوة والسلام دخل حمام الجحفة وتاويل ما
روي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة فاما بعد الستر فلا باس بدخول
الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت واما كسب الحجام
فاصحاب الظواهر ياخذون بظاهر الحديث ان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن
عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان ويقولون كسب الحجام حرام لانه ياخذ بمقابله
ما يخرج من الدم او بما يشرط وهو مجهول فيكون محرما شرعا وقد دل عليه حديث ابي
هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام قال من السحت عسب التيس
ومهر البغي وكسب الحجام فالمراد بمهر البغي ما ياخذه الزانية شرطا على الزنا لما روي في
ذلك وكسب الحجام عرفنا ان كسب الحجام حرام ولكنا نقول هذا النهي في كسب الحجام قد
انتسخ بدليل ما ذكره في اخر حديث ابي هريرة رضي الله عنه قال فاتاه رجل من الانصار
فقال ان لي حجاما وناضحا افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه اخر فقال ان لي عيالا
وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ودل
عليه ايضا حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم
واعطى الحجام اجرته ولو كان حراما لم يعطه اياها لانه كما لا يحل اكل الحرام لا يحل ايكاله
كذا في المبسوط نهى عن عسب الفحل هو ضرابه ويقال عسب الفحل ايضا فيسمى به عسبا
والمراد عن كرا العسب على حذف المضاف كذا في المغرب وذكر في المبسوط والمراد من
عسب التيس اخذ المال على الضراب وهو انزال الفحل على الاناث وذلك حرام فانه اخذ
المال في مقابلة ما لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاجارة
فان ذلك ليس في وسعه وهو ينبني على نشاط الفحل ايضا لانه استئجار على عمل معلوم عنده

يتعين عليه فيجوز هذا احتراز عما لو كان متعينا للامامة والافتاء والتعليم لانه لو كان
المفتي او الامام وحده لا يجوز استئجاره بالاجماع ولان القربة متى حصلت وقعت عن
العامل ولهذا تعتبر اهليته وتعتبر نيته لا نية الامر ولو انتقل فعل المامور الى الامر
لشرطت نية الامر واهليته كما في باب الزكوة فان ثمة تشترط نية الامر واهليته حتى لو كان
المامور كافرا يصح اداء الزكوة لان المودي هو الامر وها هنا علامة نعلم ان المودي هو المامور
كذا في المبسوط لشيخ الاسلام رحمه الله وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستئجار
على تعليم القرآن وهم ائمة بلخ رحمهم الله فانهم اختاروا قول اهل المدينة وقالوا ان
المتقدمين من اصحابنا بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم
بطريق الحسبة ومروة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط واما
في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعا فنقول بجواز الاستئجار كيلا يتعطل هذا الباب
ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات
في زمن رسول الله عليه الصلوة والسلام وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن من ذلك
عمر رضي الله عنه وكان ذلك صوابا كذا في المبسوط ومشايخ بلخ رحمهم الله جوزوا الاستئجار
على تعليم القرآن اذا ضرب لذلك مدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستئجار اصلا
او عند الاستئجار بدون ذكر المدة افتوا بوجوب اجر المثل قالوا وانما كره تعليم القرآن
بالاجر في الصدر الاول لان حملة القرآن كانوا قليلا وكان التعليم واجبا كيلا يذهب
القرآن فاما في زماننا كثر حملة القرآن ولم يبق التعليم واجبا فجاز الاستئجار عليه
وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ابو بكر محمد بن الفضل البخاري كان المتقدمون من اصحابنا
يجوزون ذلك ويقولون انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت
المال وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم
بطريق الحسبة الان فلم يجز الاجارة ويجبر المستاجر على دفع الاجرة ويحبس بها وبه
يفتى وكذلك يجبر على الحلوة المرسومة وكذلك يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه في
زماننا وفي روضة الزندويستي كان شيخنا ابو محمد عبد الله الخيزاخزي رحمه الله يقول
في زماننا يجوز الاستئجار للامام والمعلم والمؤذن اخذ الاجر كذا في الذخيرة وكذا سائر
الملاهي وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز الاستئجار والاجارة على شيء من اللهو والمزامير والطبل
وغيره لانها معصية والاجارة على المعصية باطلة ولان الاجير مع المستاجر يشتركان في منفعة
ذلك فيكون هذه الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره في الذخيرة والمعصية
لا تستحق بالعقد فان بعقد الاجارة يستحق المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المرء
فعل شرعا يكون به عاصيا لئلا تصير المعصية مضافة الى الشرع ولا تجوز اجارة المشاع
عند ابي حنيفة رحمه الله اي سواء كان الشيوع فيما يحتمل القسمة كالارض او لا يحتمل كالعبد
الا من الشريك اي لو استاجر نصيبه من شريكه يجوز بالاتفاق وان كان شائعا
قال قلت احتاج ابو حنيفة رحمه الله الى الفرق بين هذه المسألة وبين مسالتين
اخريين وهما الهبة والرهن حيث لا تجوز هبة المشاع وان كان من شريكه وكذلك
الرهن لا يجوز من شريكه فما وجه الفرق بين هذه المسائل له قلت اما جواز
الاجارة من الشريك فلما ذكر في الكتاب وحقيقته هو ان المقصود من الاستئجار الانتفاع
والمنفعة هي المعقود عليه واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد
يتاتى ها هنا لانه يسكن جميع الدار فكان مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستاجر
بحكم الاجارة بخلاف ما اذا اجر من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفاء على الوجه الذي
اوجب العقد على ما يذكر ولما لم يتعذر المقصود وهو الانتفاع في حق الشريك جازت
الاجارة من الشريك بخلاف الهبة فان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي
به الملك ولا نقصان القبض في هبة الشائع لا يتفاوت بين ان يكون القابض شريكا

او اجنبيا بخلاف الرهن لان بالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه لان المعقود عليه هو الحبس
الدائم ولا يتصور ذلك في الشائع وفي هذا الشريك والاجنبي سواء واما ها هنا فالشيوع
لا يعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك كما ذكرنا
بخلاف بيع المشاع فانه يجوز مطلقا لان العود الى يد البائع بعدما وجد التسليم لا يفوت
التسليم فانه لو غصب منه او اعاره منه لا يفوت التسليم حتى لا يسقط شيء من الثمن لو
هلك في يده بخلاف الاجارة فان الموجر لو غصبه منه او استعاره يفوت التسليم من هذا
الوجه افترقت المسائل كذا في المبسوط والجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله وقالا اجارة
المشاع جائزة وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما وان اراد حيلة ذلك ليجوز العقد
على قول الكل فله حيلتان احدهما حكم القاضي وحكم الحاكم بحكم ان يعقد المدافعة الى
القاضي المولى والثانية ان يعقد العقد على الكل ثم يفسخان العقد في بعضه بعدما
سبق عليه العاقدان ويكون ذلك جائزا بالاتفاق في ظاهر الرواية لان الشيوع الطارئ
لا يمنع الجواز وصورتها ان يواجر نصيبا من داره الى اجنبي لكن قولهما هذا فيما اذا كان نصيب
الاجر معلوما كالنصف والثلث واما اذا لم يكن معلوما فقد قيل انه على الخلاف لانه ذكر
في الذخيرة اذا استاجر الرجل نصيبا من دار غير مسمى بان قال لغيره استاجرت منك
نصيبك من هذه الدار او من هذا العبد او من هذه الدابة ولم يبين نصيبه على قول
ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا علم بالنصيب بعد
ذلك وهو قول محمد رحمه الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يشكل انه لا يجوز لان المستاجر
مشاع مجهول فان النصيب مجهول لا يدرى انه نصف او ثلث او ربع وهذا كما قال لو باع
نصيبا من دار والمشتري لا يعلمه لا يجوز البيع لجهالة المبيع فكما كان كذلك لو كان مشاعا
معلوما بان اجر النصف او الثلث لم يجز عنده فاذا كان مشاعا مجهولا اولى ان لا يجوز وعلى
قول ابي يوسف رحمه الله لا يشكل انه يجوز لان جهالة النصيب عند المشتري لا تمنع جواز البيع
عنده حتى قال اذا اشترى نصيبا من دار ولم يعلم به فانه جائز وله الخيار اذا علم بالنصيب
بعد ذلك فلا يمنع جواز الاجارة ايضا واما الاشكال على قول محمد رحمه الله لان جهالة النصيب
عنده تمنع جواز البيع فيجب ان تمنع جواز الاجارة ايضا وان كان الشيوع لا يمنع الجواز على مذهبه
ومن هذا اختلف المشايخ في قوله فبعضهم قالوا في الاجارة قوله كقول ابي حنيفة
رحمه الله وبعضهم قالوا قوله كقول ابي يوسف رحمه الله ولابي حنيفة رحمه الله انه اجر
ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الابق او اجره وبيان ذلك ان عقد الاجارة شرع
على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستاجر ولا يتحقق استيفاء المنفعة من
النصف شائعا انما يتحقق من جزء معين فانهما ان تهايأ على مكان فانما يسكن كل واحد
منهما جميع الدار في بعض المدة فعرفنا ان استيفاء المنفعة من الجزء الشائع لا يتحقق فكان
باضافة العقد الى جزء شائع ملتزما تسليم ما لا يقدر على تسليمه كذا في المبسوط وهذا
ان تسليم المشاع وحده لا يتصور لان التسليم انما يتم بالقبض والقبض امر حسي لا يرد
الا على المعين فالمشاع غير معين والتخلية اعتبرت تسليما جواب اشكال يرد على قوله
ان تسليم المشاع وحده لا يتصور ولكن يتصور التسليم بطريق التخلية كما في البيع فان
باع نصف داره مشاعا وخلى بين نصف الدار المشاع وبين المشتري كان ذلك قبضا
من المشتري حتى يكون النصف المشتري في حكم قبضه ويبرا عن ضمان التسليم ولا يصير
النصف الاخر في حكم قبضه حتى لا يضمن الاجر شيئا وان كانت التخلية بغير اذن الاجر
لذلك الاسرار ولما قامت التخلية مقام التسليم في البيع يجب ان يكون في الاجارة كذلك
فاجاب عنه بهذا وقال والتخلية اعتبرت تسليما اي في البيع لوقوعه تمكينا اي لوقوع
التخلية تمكينا وهو رفع المانع عمدا اي من القبض وهو الفعل الذي يحصل به التمكن من
التصرف من المشتري كالبيع والاعتاق والانتفاع بالسكنى ولا تمكن في المشاع اي [illegible]

الاجارة فان المشاجر لا يمكن من قبض المشاع في حق الانتفاع وهذا لان قبض المنفعة والتا
حقيقة لا يتصور وهذا ظاهر ولكن اقيما بالتخلية في المنفعة لا يتصور لان المنفعة تحدث
لا تبقى حتى يضاف اليها وقيل الحدوث عدم فيتعذر اصلا لذا وجدت بخط شيخي رحمه الله
وحاصل الفرق بين قبض المشاع في البيع بانه يجوز وقبض المشاع في الاجارة فانه لا يجوز راجع
الى معنى وهو ان القبض انما يعتبر في الاستئجار اذا كان القابض متمكنا من الانتفاع بالكائن
بالعين المستاجر حقيقة وحسا ولا يحصل ذلك في المشاع بالتخلية لان ذلك حكمي ولكن
بحقيقي واما حكم البيع فثبوت الملك وهو امر شرعي فيجوز ان يقوم التخلي بالمشتري مقام
القبض لان بناء الشرائع على الانتفاع الحقيقي ومن هذا قيل ان بيع الجحش جائز واجارته
لا يجوز لتحقق حكم البيع فيه وهو الملك وعدم تحقق حكم الاجارة فيه وهو الانتفاع والى
هذا اشار في الاسرار بقوله واما المنفعة نفسها فلا يمكن قبضها الا بالاستيفاء ولا
يتصور شائعا والتخلي في باب الاجارة ليس بقبض للمنفعة ولكن بسبب عجز المواجر عن التسـ
من هذا يقام مقام القبض واذا كان كذلك كان الامر مبنيا على الحقيقة لا على المجوز فيه
بسبب العجز واما النهاية فالى اخره وهذا ايضا جواب شبهة بان يقال يمكن الانتفاع بالـ
العين المستاجر المشاع بطريق التهايؤ فينبغي ان يجوز الاجارة فاجاب عنه بان
شرط صحة عقد الاجارة ينبغي ان يكون موجودا حالة العقد وهو الانتفاع والتهايؤ انما
يثبت بعد العقد فلا يمكن ان يجعل التهايؤ شرطا حتى يصح به عقد الاجارة والاختلاف
في الشيوع لا يضره وقد ذكرنا ان الشريك المستاجر ينتفع في نصيبه بنسبة الملك وفي نصيب
شريكه بنسبة الاستئجار وهذا كما قلنا في الاقرار بان اقر لفلان علي الف درهم
من ثمن مبيع فقال المقر له بل غصبتنا يلزمه الالف ولا يعتبر اختلاف الجهة على انه لا يصح وقد
الحسن فقد روى عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا اجر من شريكه لا يجوز ايضا وجعله كالرهن
في هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتاتى الا بغيرها وهو منفعة
نصيبه وذلك يفسد عقد الاجارة وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء المعقود عليه
على الوجه الذي استحقه بالعقد يتاتى هاهنا كما ذكرنا بخلاف ما اجر من غيره فان
يتعذر الاستيفاء لما ذكرنا وكان هذا نظير الاب حتى في البيع يجوز لكون التسليم مقدورا عليه
ومن غيره لا يجوز للعجز عن التسليم وبخلاف الشيوع الطاري بان اجر رجل من
رجلين ثم مات احد الشريكين المستاجرين او اجر رجلان من رجل ثم مات احد
الموجرين فانه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعا وهذا هو ظاهر الرواية وقال
في المبسوط فان مات احد المستاجرين حتى بطل العقد في نصيبه فقد ذكر الطحاوي رحمه
الله عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله انه يفسد العقد في حق الاخر لان الاجارة
تتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فكان هذا في معنى شيوع مقترن بالعقد
وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الاخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه
فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طاري والطاري
من الشيوع ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها
وبخلاف ما اذا اجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما اوجبه العقد ممكن
للواجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستاجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن
من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه كذا في المبسوط وذكر في الاسرار وكلام ابي
حنيفة رحمه الله ادق وكلاهما اظهر لان اصل المنفعة قائمة مقام الشيوع دون
تفرق الملك بالنا الجارية ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة اعلم ان القياس يابى ويجوز استئجار الظئر
جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استاجر
شاة او بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله
تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وهذا العقد يرد على العين وهو اللبن مقصودا

دال

يانا تنغ على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشيا
ومثل هذا جائز كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فان الاجارة وطريق الجواز ان
هذا العقد وارد على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم يكن الاجارة واردة
على استهلاك العين مقصودا وبهذا اخرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك
عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة ثم قيل ان العقد
يقع على المنافع وهذا القول اختيار صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية
لانه قوله والاول اقرب الى الفقه وقيل ان العقد على اللبن والخدمة تابعة
وهذا القول اختيار الامام المحقق شمس الائمة السرخسي رحمه الله فقال في المبسوط وزعم
بعض المتاخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه
فاما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام
ثم قال والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام
بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو
بحسب ما يليق به هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن
الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على
انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر في الكتاب انها لو ربت الصبي بلبن الانعام
لا تستحق الاجر وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن المعقود عليه لما
استوجبت الاجر **قلت ولما** عجبا لمن تبع بعد هذا الامام الكبير ذي العلم الغزير
شمس الائمة السرخسي رحمه الله برهان طويل ورأى مثل هذا الدليل الواضح والبرهان
اللائح فيما اختاره والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ثم يختار ويحلف احسان
وليس هذا الا كقول القائل كذا الحي يغلب الفتية ومن رأى ما قصه من قصته
في اخر الجامع الكبير علم حسبه انه لم يكن هو يتقيد بعشرة الا بواحد من الالف في العدد
وان ليس لاحد في نفث ومنه من يرد **قال** رحمه الله فان سمى الطعام دراهم
الى ان قال ومعنى تسمية الطعام الدراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه
وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ لكن يحتمل ان يكون معناه اي سمي الدراهم
المذكورة بمقابلة طعام ثم الطعام بازاء الدراهم المسماة لانه ذكر في الجامع الصغير الحاكم
انا اذا سمى الطعام دراهم فانما معناه ان يجعل الدراهم بدلا فلا اشك في جوازه ثم لسند
به لما قلنا فصح وكتب في حاشيته بالفارسية منقولا عن العلامة مولانا شمس الدين
الكردري رحمه الله يعني ده دينار اذ بهر طعام بعد از ان بمقابله وي طعام داد جاز ايضا
لما قلنا اشارة الى قوله لا جهالة فيه لان اوصافها اثمان اي اوصاف الطعام على
تاويل الحنطة اوصاف الاثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا في عامة المعاملات
بخلاف الثياب ولما كان اثمانا لا يشترط تاجيله كما في سائر الاثمان هذا احتراز عن الطعام
اذا كان مسلما فيه لان الطعام مبيع مع كونه دينا فاشترط تاجيله في السلم وكما يشترط
بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة اذا لم يتهيأ به الى بعقد الاجارة وذكر في المبسوط
وان كان لها زوج فاجرت نفسها للظؤرة بغير اذنه فللزوج ان يبطل الاجارة قيل
هذا اذا كان الزوج ممن يشينه ان تكون زوجته ظئرا لدفع الضرر عن نفسه يكون
له ان يبطل ويفسخ الاجارة فاما اذا كان ممن لا يشينه ذلك فلا يكون له ان يفسخ العقد
والاصح ان له ذلك في الوجهين لانها ان كانت ترضعه في بيت ابويه فللزوج ان يمنعها
من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيت نفسها فللزوج ان يمنعها من ادخال
صبي الغير منزله ولانها في الارضاع والسهر بالليل يتعب وذلك ينقص من جمالها
والجمال حق الزوج فكان له ان يمنعها من الاضرار به في حقه كما يمنعها من التطوع بالصـ
وهذا اذا كان زوجها معروفا فاما اذا كان مجهولا لا يعرف الا بقولها لا يعرف لها فليس

اعطى

[illegible]

ومن دفع الحائك

مطلب امراة منكوحة اقرت بالرق على نفسها لا تصدق في ابطال النكاح

لما ان بعض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق من استاجرها ولانه
تمكن تهمة المواضعة مع هذا الرجل وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق
على نفسها لا تصدق في ابطال النكاح واذا احبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة لانهم اذا خافوا على الصبي
من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي وكان العرب يعدونه عيبا حتى قيل لامراة من العرب يقال
ام تابط شرا ما احسن شباب ابنك قالت لاني ما حملته وضعا ولا وضعته يتنا وانه
ما قاء ولا ارضعته غيلا ولا اطعمته لبدا ولا سقيته هربدا قيل في معناه التابط جعل
الشيء تحت الابط سمي بهذا الاسم لانه اذا ابطها قطع راس انسان وجعله تحت ابطه فسمي
ام تابط شرا وقيل كان ابنها وهو ثابت بن جابر الفهمي يسمى تابط شرا لانه كان لا يفارقه
السيف [illegible] وضعا بضم الواو اي ما حملته في اخر الطهر في مقبل الحيضة واليتن ان يخرج
رجلا الولد قبل يديه في الولادة الا ابانه من السوانه سبب كذا [illegible] المائقة بالهمز تلك
ان ياخذ الانسان عند البكاء والنشيج كانه نفس ينقلع من صدره يعني ما بات باكيا الغيل
بالفتح اسم اللبن الذي ترضعه وهي حامل والكيد [illegible] والهربد اللبن الخاثر جدا كذا
ذكره الامام المحبوبي فالحاصل ان العقد لا يلزم من الجانبين الا ان الاجارة تفسخ بالعذر
عند تامر العذر ظهر في ذلك انه لا ياخذ الصبي من لبنها فيفوت به ما هو المقصود وكذلك
اذا تقيا لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة وكذلك اذا احبلت لان لبنها يفسد لذلك وكذلك
ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم اذا كانت في بيتهم ورضاع الصبي وحليه اذا كان
معه وكذلك ان كانت فاجرة بينة فجورها لانها تشتغل بالفجور وتحبسه فتنتقص
من قيامها بمصالح الصبي وهذا بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها
ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد ان يقال عيب الفجور فوق عيب الكفر الا ترى انه
كان في نساء بعض الرسل كافرة كامراة نوح ولوط عليهما الصلوة والسلام وما بغت
بغي قط هل ترى قال رسول الله عليه الصلوة والسلام وكذلك اذا ارادوا سفرا
فلهم ان يخرجوه معهم فهذا عذر واما عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع الرضاعة لانها
تتضرر بذلك وكذا ان يخرجها اذا مرضت وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله
ان يخرجها لما ذكرنا وكذلك ان لم تكن معروفة بالظئورة فلها ان تفسخ لانها تعير بذلك
عند ابتداء العقد ما يشتد به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت به ولانها تعير
بهذا العمل على ما قيل تجوع الحرة ولا تاكل من ثدييها وما كانت تعرف ما يلحقها من الذل
اذا لم تكن معروفة بذلك فاذا عرفته كان لها ان تفسخ العقد وكذلك اذا لم يكفوا
عن ايذائها بالسنتهم كان لها ان تخرج كذا في المبسوط ولو استاجر امراة لترضع ولده منها
ولو ارضعت ذكر شمس الائمة السرخسي والقدوري رحمهما الله انه لا اجر لها لان ذلك مستحق
عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الاية وان كانت اجبرت
على ذلك فلا يستوجب الاجر كما لو استاجرها على كنس البيت والطبخ والغسل ونحو ذلك
هذا اذا استاجر امراة لترضع ولده منها على ان يكون الاجر على الاب من ماله فان كان
للصغير مال فاستاجر الاب امراته على ارضاع ولده [illegible] عن محمد انه يصح الاجارة
ويكون لها الاجر لان الارضاع بمنزلة النفقة واذا كان للصغير مال لا تجب نفقته على
الاب فكان لها الاجر في مال الصغير وبعض المشايخ اخذوا بهذه الرواية وان استاجر
الرجل لارضاع ولده من غيرها جازت الاجارة وكان لها الاجر لان ذلك غير مستحق عليها
ديانة وان استاجر الرجل خادمة امراته لترضع ولده منها لا يجب الاجر وان استاجر
مكاتبها جاز واذا دفع الظئر الصبي الى خادمها حتى ارضعته فلها الاجر كاملا
استحسانا لانه لم يشترط عليها الارضاع بنفسها فهو نظير من استاجر خياطا ليخيط له
ثوبا او خياطا ليخيط له ثوبا ولم يشترط عليه العمل بنفسه فعمل بعض [illegible] فانه يستحق الاجر
كذا هنا بخلاف ما اذا شرط الارضاع بنفسها كذا في الذخيرة وفتاوي قاضيخان رحمه الله

بنفس النقض بخلاف الوجه الاول لان هناك شرط المستاجر على الاجير حمل جميع الطعام بنفسه
الى نفس المستاجر ثم حمل نصف المحمول للاجير فعمل الحمل لا يوجد الاجرة فيما لا يملك الاجير شيئا
من الطعام واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكر قبل ان يفي شي من
المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد ولو ابتدا العقد على العمل في شي
هو شريك المستاجر بطلت الاجرة وكذلك هنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجرة
العامل فيه كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي رحمه الله وصدر الدين الجندي وذكر في الفوائد الظهيرية
الحامل انه متى قال المستاجر استاجرتك لتحمل هذا الكر بنصفه لا يصير شريكا ومتى قال
لتحمل نصف هذا الكر بنصفه الباقي يصير شريكا وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله بعد ما ذكر هذه المسالة
الحايك بنسجه بنصفه فقال وكذا لو استاجر رجلا او حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه محمولا او استاجر
طحانا ليطحن بقفيز دقيق فالاجارة فاسدة بخلاف الطعام المشترك استاجر احدهما شريكه
او دابته او غلامه ليحمله او يطحنه حيث لا يجب شي والاصل فيه كل شي استاجر احدهما
من شريكه مما يكون منه عمل لا يجوز وان عمل فلا اجر له وكل شي ليس يكون منه العمل استاجر
احدهما من شريكه فالاجارة جائزة مثل ان يستاجر منه بيتا او جوالقا يحرز فيه طعاما
مشتركا او سفينة للنقل او رحى للطحن وقوله ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا
بينهما فلا اجر له فصار حاملا طعاما مشتركا نظير المسالة الاولى وتتمتها في انه لا يجب الاجر اصلا
بين الحال ان من استاجر طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر وهذا الحكم لما كان ثابتا فيمن
حمل الطعام المشترك وجب ان يكون في مسالتنا وهي ما اذا استاجر ليحمل نصف طعامه
بالنصف الاخر كذلك لما ذكرنا ان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فكان الطعام مشتركا
بينهما والحكم في حامل المشترك عدم وجوب الاجر وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل بقوله
وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لا بما يتصل به لان مما يتصل به لا اجر للحامل
حمله طعاما مشتركا فكيف يستقيم قوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا ثم نصف قفيز اعلى قوله
من يجوز اسناد الفعل الى الحمار فالجر ورفع وجود المفعول بدون الحمار وهو ضعيف وقد
مر في الحج وعنى قوله رحمه الله لانه رضي بحط الزيادة اي الزيادة على احدهما
من المسمى ومن اجر المثل اما رضاه بالمسمى فعقد عليه دليل على رضاه به واما رضاه
اجر المثل فاقدامه على الاجارة الفاسدة والاجارة اذا فسدت فالواجب اجر المثل وهذا
بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ هذا اذا كان احتطب احدهما
وجمع الاخر فيجب الاجر لمن جمع على الذي احتطب بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله واما عند ابي
يوسف رحمه الله لا يجاوز به اجره نصف ثمن ذلك لانه قد رضي بنصف المسمى حيث اشترك
كما اذا استاجر حمارا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيز منه لا يجاوز به ما سمي واما اذا احتطبا
معا وجمعا جميعا فكانا مشتركين على السواء من غير ايجاب الاجر لاحدهما على الاخر وقد مرت
هذه المسالة بتمامها في الشركة لان المسمى هناك غير معلوم اي لان نصف الحطب غير معلوم
وليت العقد المختوم الصاع بعينه وتشهد له حديث الخدري رضي الله عنه الوسق ستون
مختوما وانما سمي به لانه يجعل على اعلاه خاتما مطبوعا كيلا يزاد ولا ينقص كذا في المغرب
وحاشيته وذكر في اقرار المبسوط المختوم والقفيز واحد وقوله هذه العشرة الخاتم اليوم
نصب العشرة على انها صفة هذه المفعول بها وجر الخاتم على مذهب اهل الكوفة كما في
قولهم الثلاثة الاثواب والخمسة الدراهم بجر الاثواب والدراهم ونصب اليوم على الظرفية
قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاجارات هو جائز انما قيد بقوله في الاجارات اي في
اجارات المبسوط لانه لم يذكر قولهما في الجامع الصغير وذكر في المبسوط في باب الاجارة الفاسدة
وقال لولا انا جوزنا استحسانا فيكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار
فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المقصود هو العمل وهو

[illegible]

بنفس

معلوم وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد فكأنه استأجره على أن يفرغ منه في أسرع
أوقات الإمكان لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها إذ الوقت يختص بتقدير
المنافع وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه والجمع بينهما أي بين المنفعة والعمل متعذر
لأن العمل متى صار معقودا عليه لا يجب الأجر إلا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة
يجب الأجر بتسليم النفس وليس أحدهما بأولى من الآخر في الاعتبار لأن كل واحد منهما يصلح أن
يكون معقودا عليه في باب الإجارة ألا ترى أنه لو استأجر رجلا ليخبز له اليوم ولم يسم
القدر يجوز ولو استأجره على أن يخبز له عشرة مخاتيم دقيق ولم يذكر الوقت أيضا يجوز فثبت
أن كل واحد منهما يصلح أن يكون معقودا عليه وأغراض الناس مختلفة فيفسد العقد لجهالة
المعقود عليه وقد تفضي هذه الجهالة إلى المنازعة فإنه إذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم
فللمستأجر أن يقول اعمل في بقية اليوم حتى باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك
وإذا لم يفرغ من العمل في اليوم فللأجير أن يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء
المدة وإن كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصودة الأجير فليس البناء على مقصود أحدهما
جهل المعقود عليه يوجب فساد العقد **فإن قيل** يشكل على هذا مسألة الخياط بطريق
الترديد فإنه إذا دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا وقال إن خطته اليوم فلك درهم
وإن خطته غدا فلك نصف درهم فالشرط في اليوم الأول جائز عند أبي حنيفة رحمه الله
حتى لو خاطه في اليوم يجب درهم على ما يجيء فجعل ذكر اليوم هناك للتعجيل لا للتأقيت
وهي مسألة الخاتم تحمل العقد منعقدا إما على تسليم النفس في المدة أو على حقيقة العمل
فتمكنت الجهالة في المعقود عليه **قلت** إن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة فيحمل عليه حتى
يقوم الدليل على المجاز وفي حالة الإجماع قام الدليل على إرادة المجاز وهي نقصان الأجر
للتأخير فصار المجاز وهو التعجيل مرادا حالة الإجماع ولم يقم الدليل على إرادة المجاز
حالة الانفراد فكان التأقيت مرادا فيفسد العقد كذلك **فإن قيل** ما وجه
الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين ما إذا استأجر رجلا ليخبز له هذه
العشرة المخاتيم دقيقا على أن يفرغ منه اليوم يجوز هذه الإجارة بالإجماع **قلت**
وجه الفرق بينهما هو أن اليوم في مسألة الفراغ ما ذكر مقصودا وإنما ذكر لإثبات
صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد ألا ترى أنه لو اشترى عبدا
على أنه خباز أو كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقودا عليه حتى لا يقابله شيء من الثمن
لأنه صفة كذا هنا وأما في مسألتنا اليوم ذكر مقصودا كالعمل وقد أضيف العقد
إليهما سواء وليس أحدهما في جعله معقودا عليه بأولى من الآخر وإنما قلنا بأن ذكر
الوقت للتعجيل عنه نظرا لأن أغراض الناس ورغباتهم مختلفة وقد يكون الغرض هو العمل
وقد يكون الغرض العقد على المنفعة فلا ترجح إحدى الرغبتين على الأخرى من غير دليل
وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره للتأقيت
الوقت في أجزاء الوجه هو أن يقال إنما يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل إذا ذكرهما
فقط وذكر الأجر أما إذا ذكر أحدهما وذكر الأجر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي في صفة
العقد حتى لو قال استأجرتك اليوم بدرهم على أن تخبز لي قفيزا من هذا الدقيق جاز العقد
أما لو قال استأجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم أو قال استأجرتك
اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد هاهنا يفسد وإنما كان كذلك لأن في الوجه
الأول لما تم العقد بذكر أحد الشيئين إما المدة وإما العمل مصيرا إلى ذكر الأجرة كان
ذكر الباقي بعده إما لتعيين العمل أو للتأجيل فلم يفسد العقد وأما في الوجه الثاني
فلأنه لما جمع بين العمل والمدة قبل تمام العقد بذكر الأجرة يصلح كل واحد منهما معقودا عليه
وليس أحدهما بأولى من الآخر هذا كله من المبسوط والوجيز وشرح الجامع الصغير
وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمى عملا لأنه للظرف لا للتقدير

يعني

يعني لو استأجره ليخبز له هذه العشرة المخاتيم في اليوم بدرهم يجوز ولو قال اليوم لا يجوز لأنه
قال في اليوم والمظروف لا يستغرق جميع الظرف فعلمنا أن المراد العمل وذكر اليوم
للاستعجال لما أن العمل لا يستغرق جميع الظرف غالبا بخلاف قوله اليوم فإن المنفعة غالبا
تستغرقه لجميع الوقت فلا يثبت استغراق الظرف فإن مثل هذا اللفظ مستعمل لاستغراق
الوقت فكان ظاهر اللفظ يصرفه إلى أجير الوحد لأن أسند المنفعة بنفسه يقدر حتى أنه
لو سلم نفسه ولم يعمل يجب كأنه عمل في جميع المدة يستحق الأجرة تماما وقد مر مثله
في الطلاق أي في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في مسألة أنت طالق في غد وقال
نويت آخر النهار وقد ذكرنا هنالك ما يؤيده أيضا كرب الأرض كربا يقلبها للحرث
من باب طلب وقيل أن يكربها مرتين في موضعين يخرج الأرض الريع بالكراب مرة والمدة
السنة واحدة إنما يصح بعد ين العقدين لأنه إذا اشترط أن يكربها مرتين وتوضع لا يخرج
الريع إلا بالكراب مرتين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لأنه حينئذ يكون هذا الشرط
من مقتضيات العقد وكذلك لو كانت تخرج الريع بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة
كانت سنتين لا يفسد العقد لأن منفعته تبقى سنة دون سنتين فلا يكون هو
شرطا فيه نفع لصاحب الأرض فيجوز وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله عن مشايخنا
قالوا هذا الجواب في بلادهم أما في بلادنا الحضرة تجوز المزارعة بهذا الشرط لأن
منفعة المسناة في بلاد الحضرة لا تبقى بعد انقضاء المدة في الأرض وإن لم يكن
مرادا ولا يبقى منفعته للعام الثاني بل المراد منه الأنهار العظام هو الصحيح احترازا
عن من قال بل المراد منها الجداول لأنه تبقى منفعتها في العام الثاني بل هذا لبيان الفساد
في شرح كرى الأنهار العظام وإنما قلنا هذا لأنه لو اشترط كري الجداول لا يفسد
العقد لأن منفعتها لا تبقى في العام الثاني بل هو بائربه وذلك لأن اسم الأنهار على الإطلاق

لا يتناول الجداول كذا ذكره الإمام المحبوبي رحمه الله وإن استأجرها ليزرعها أرضا
أخرى فلا خير فيه أي لا يجوز أصلا وكذلك استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة
ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب وقال الشافعي رضي الله عنه جائز أي على كل حال
اتحد جنس المنفعة أو اختلف بناء على أصله أن المنافع كالأعيان القائمة وفي باب الربا
الأعيان بالعين من جنسه أو من غير جنسه صحيح عند المساواة يصح بكل حال وعند التفاوت
في غير الأموال الربوية والمنافع ليست مال الربا فيجوز مبادلة بعضها بالبعض قلنا
له طريقان أحدهما ما هو المنقول عن محمد رحمه الله أن مبادلة السكنى بالسكنى كبيع
القوهي بالقوهي نسيئا والطريق الآخر أن جواز عقد الإجارة للحاجة فإنما يجوز على وجه
يرتفع به الحاجة وفي مبادلة المنفعة بجنسها لا يحصل ذلك لأنه كان متمكنا من
السكنى قبل ذلك العقد ولا يحصل بالعقد إلا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه
فأما عند اختلاف جنس المنفعة فالحاجة متحققة وبالعقد يحصل له ما لم يكن حاصلا
له فصاحب السكنى قد يكون له حاجة إلى خدمة العبد وركوب الدابة كذا في
المبسوط حتى جاز في الإجارة بأجرة دين بأن كان له على رجل دين فاستأجر به
الدين من المديون دارا أي بذلك الدين الذي في ذمة المديون إلى هذا أشار محمد رحمه
الله وهو ما حكى ابن سماعة رحمه الله عنه كتبت إلى محمد رحمه الله بن الحسن في هذه
المسألة فكتب في جوابه إليك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائي
فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسيئا والجبائي
اسم محدث يشكك الخصوم على ابن سماعة في هذه المسائل وكان يقول لا برهان لكم عليه
فقال محمد رحمه الله لابن سماعة كانت مجالستك إياه زلة كذا في الجامع الصغير لفخر
الإسلام رحمه الله والفوائد الظهيرية يقال ثوب قوهي منسوب إلى قوهستان كورة
من كور فارس الكورة المدينة والمعنى فيه أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك

عن موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان هذا بمنزلة ما لو باع شيئا بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم
النسا عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس **فان قيل** انما يكون عن شرط في العقد
والاجل هاهنا غير مشروط كيف والمنافع في حكم الاعيان دون الديون لانها لو كانت
في حكم الدين لم يجز لانه مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان اختلف الجنسان
قلنا لما كان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة في المدة ولا يتصور حدوثه جملة
فلا يكون ذلك شيئا مشارا اليه فهذا بمنزلة اشتراط الاجل او ابلغ منه فان المطالبة بالتسليم
تتاخر بالاجل وكذلك المطالبة بجميع المعقود عليه لا تثبت في الحال بل تتاخر الى حدوث
المنفعة وهذا ابلغ من ذلك لان بالاجل لا تتاخر انعقاد العقد وها هنا تتاخر انعقاد
العقد في حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين ما تثبت ثابتا
في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة والمحرم الدين بالدين فلا يكون الشيء المختلف ...
تحريم العقد عند اختلاف الجنس والجنسية افسدنا العقد عند اتحاد الجنس فان
قيل انما حرم بيع الجنس نسا عندكم لان النقد خير من النسيئة فيمكن في النقد معنى الفضل
فيحرم بما هو شبهة علة ربا الفضل وها هنا لا فضل والعدم في البدلين على نمط
واحد قلت نعم لذلك الا ان النص اذا علل بعلة الحكم في الفرع بعلته فاما
في النص بعينه فلا اثر العلة وتعلق العلة وهذا انه ليس بشيء لان النبي عليه
الصلوة والسلام قال اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد ان يكون يدا بيد
فيكون الحرمة مما اذا لم يكن يدا بيد بالنص لا بالقياس فلا يعتبر الحرمة فيما الفضل
لان النص لم يشر الى الفضل وانما جوزت الاجارة استحسانا بخلاف القياس ولما
لم يتحقق الحاجة عند اتحاد الجنس رجح وجه القياس بخلاف اختلاف الجنس لان النا ...
والجنس المختلف لا يمنع صحة العقد **فان قيل** اذا اختلف الجنس انما كان العقد
لا يفسد من هذا الوجه يفسد من وجه اخر لان المنفعة دين من الجانبين فينبغي
ان لا يجوز وان كان عند اختلاف الجنس عملا بالحديث نهى النبي عليه الصلوة والسلام
عن بيع الكالي بالكالي **قلنا** البدلان من حيث الحقيقة وان لم يكونا عينا
الا ان النبي لم يصحبه حرف الباء يعتبر حكما عينا لانها معقود عليها والمنافع صفة لا بدلها
من معقود عليه العقد اذا لم يكن سلما واذا كان لذلك اقيم محل المنفعة فيما لم يصحبه
حرف الباء مقام المنفعة فيكون عينا ولا ضرورة فيما صحبه الباء لان ما صحبه
حرف الباء يجوز ان يكون غير عين ولا ضرورة فيه الى اعتباره عينا فبقي غير عين
حقيقة وحكما والاخر صار عينا حكما فكان بمنزلة العين فلا يكون حينئذ كالي ا
في المشروط والاسرار والفوائد الظهيرية فكان هذا بمنزلة نكاح الشغار الا ان هناك
سمي النكاح ويبطل الشرط لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وها هنا تفسد
العقد لانه معاوضة مطلقة فيفسد بالشرط الفاسد عند اتحاد الجنس اذا استوفى
احدهما المنفعة فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي رحمه الله عن ابي
يوسف انه لا شيء عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى من جنس المستوفى من المنفعة
والمنفعة ليست بمال متقوم بنفسها ووجه ظاهر الرواية انه استوفى المنفعة بحكم
عقد فاسد فعليه اجر المثل كما لو استأجر دارا واجره بما لم يسم الاجر وهذا لان
الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان المنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذلك بالعقد
الفاسد كذا في المبسوط والجامع الصغير للامام المحبوبي واذا كان الطعام بين
رجلين فاستاجر احدهما صاحبه الى ان قال فلا اجر له اي لا المسمى ولا اجر المثل
والفرق بين هذا وبين اجارة المشاع على قول ابي حنيفة رحمه الله حيث يجب هناك
على من استوفى المنفعة اجر المثل ان اجارة المشاع فاسدة ايضا عنده مع ان
فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي اوجبه العقد

لانعدام الاستيفاء اصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب اجر المثل وها هنا بطلان
العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه اصلا من حيث انه في المحل المشترك عامل لنفسه
وهو في العمل الواحد لا يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفاء
لا يجب الاجر في العقد الفاسد كذا في المبسوط ولنا انه استاجر لعمل لا وجود له فيبطل
كما قلنا في اجارة ما لا منفعة له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اي في نصف
المشاع في الشائع بان يكون نصيب المستاجر محمولا من غير ان يحمل معه نصيب المؤجر ولما
كان كذلك كان الاجر عاملا لنفسه من وجه وللمستاجر من وجه والاجير هو من يكون
عاملا للمستاجر لا غير وهو فيما يكون عاملا لنفسه لا يصلح ان يكون اجيرا لما كان الاجير
هو الذي يعمل للمستاجر لا غير وها هنا لم يمكن ذلك صح قولنا انه استاجر لعمل لا
وجود له فلما لم يوجد العمل من الاجير في الاجارة الفاسدة لم يستحق الاجر اصلا لان
اجر المثل انما يستحق في الاجارة الفاسدة عند العمل ولم يوجد العمل منه على هذا التفسير
فلا اجر له لذلك اصلا وهذا الذي قلناه من انه لا يتصور في الشائع العمل الحسي
ان العمل الحسي كالحمل والضرب والوطي يقتضي محلا حسيا في تحقق ذلك العمل والعمل
الشرعي يقتضي محلا شرعيا وعن هذا قلنا انه لا يتصور ضرب النصيب الشائع في العبد
المشترك ووطي الجارية المشتركة في النصيب الشائع بخلاف البيع والاعتاق فانه
يتصور في الشائع لانه تصرف حكمي بخلاف الدار المشتركة لان العقد هناك يرد على المنفعة
والبدل عقابلها ولا شركة له في ذلك الا ترى انه لا يتعين عليه حفظ الطعام المشترك
بالبيت وانه لو سلم اليه في المدة استوجب الاجر وان لم يحفظ فيه شيئا فكان الدار
بمنزلة اجر الوحد من حيث ان العقد وارد على المنفعة الحكمية لا على العمل الحسي فكان
نظير البيع من حيث تناول التصرف الحكمي فيصح استيجار التصرف الحكمي كما يصح البيع لان المعقود
عليه انما هو ملك نصيب صاحبه اي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان لذلك منفعة
لا فعلا كان لا يصح انتفاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة
اوالي ان يزرع عليها اي استاجر للمزارعة ولم يبين اي شيء يزرع فيه مما يضر بالارض
ومما لا يضر بها عندي فان ضرر زراعة القطن والكتان والحاورس اكثر من ضرر الحنطة
والشعير كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله ووجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل
تمام العقد فينقلب جائزا **قلنا** ان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لا يرتفع
ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لانه ان زرعها جاز ان يكون
ما زرعها مضرا بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء
العقد كان احتمال ذلك على ما ذكرناه وكذا ما يزرع مختلف فيه فيه ما يضر بالارض
ولذلك تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز وتحقق احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه
اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما تصونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد احدهما بالتعيين
لان العقد تام بهما وكذا تعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم بهما ولا ينفرد احدهما
بالتعيين بمجرد الاستعمال بتعيين من احدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال الذي قال
صاحب الفوائد يعود له وفي هذا التعليل اشكال هائل ثم قال فلت الاصل اجارة
العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد
باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء احد النوعين من
المنافع يزول هذا التوقع لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة
فاسدة لان حكم الفاسد انما يوجد من الصحيح اذ لا حكم للفاسد بنفسه لان مباشرة مامور
بنقضه فلا بد ان يوجد من الصحيح وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول بان باع الى الحصاد
او الدياس ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والجذاذ او اجر في المدة بان
شرط الخيار اربعة ايام ثم اسقط اليوم الرابع قبل انقضاء مدته **فان قلت** كيف

حمل هاتين المسألتين مقيسا عليهما وذكر ورحمه الله لا يقول بالانقلاب الى الجواز عند اسقاط
المفسد فيهما جميعا بعد انعقادهما على الفساد بل يقول بدوام الفساد فيهما وان سقط المفسد
على ما مر في باب خيار الشرط والبيع الفاسد **قلت** فيه وجهان احدهما ان يكون هذا
من قبيل قياس المختلف بالمختلف ويكون مثل هذا من قبيل ايضاح ما وقع الكلام فيه
بما ذكره من المقيس عليه وان كان هو مختلفا في نفسه والثاني ان يحمل هاتين المسألتين
من المسائل المسلمة لاقامة الدليل على الانقلاب الى الجواز وبطلان قول من يقول
بدوام الفساد بعد اسقاط المفسد فكانتا هما بعد ذلك بمنزلة المسائل المجمع عليها فصح
القياس عليهما على ما ذكرنا في المسألة الاولى وهو قوله وجه الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما حمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت
الجهالة المودية الى المنازعة على ما ذكرناه فانقلب الى الجواز بموجب الاجر المسمى وان
اختصما قبل ان يحمل عليه وذكر الامام قاضي خان والامام المحبوبي رحمهما الله ولو
اختصما قبل الحمل الى القاضي ابطل القاضي عقد الاجارة بينهما لانه فاسد ما لم يحمل عليه

باب ضمان الاجير

لما ذكرت ابواب عقود الاجارات صحيحها وفاسدها ساقت النوبة الى ذكر احكام بعد
عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب فالمشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل
كالصباغ **فان قلت** هذا تعريف يودي ويؤول عاقبته الى الدور لان هذا علم الامر
الامر لتعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا للاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف
ولئن لم يكن عارفا له مثل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك بهذا لانه لو عرف
الاجير المشترك بقوله هو من لا يستحق الاجر حتى يعمل يحتاج السائل الى معرفة من لا يستحق
الاجر حتى يعمل من هو فلا بد لمن يعرفه بانه هو الاجير المشترك وهو عين الدور لانه لا
يتم به التعريف كذكر المعرفات كالصباغ ونحوه فحينئذ كان تعريف كل واحد منهما موقوفا
الى معرفة صاحبه وما كان امره موقوفا الى الدور لا يوجد هو بنفسه خصوصا والتعريف
وذلك لان المعرف ينبغي ان يكون سابقا على المعرف فلو كان المعرف هو الذي يعرف
المعرف ايضا كان كل واحد منهما سابقا على صاحبه ومثل هذا لا يوجد اصلا على ما ذكرنا
نظيره في باب كفالة الرجلين من كتاب الكفالة **قلت** نعم كذلك الا ان هذا
تعريف للخفي بما هو اشهر منه في مفهوم المتعلمين او هو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره
لانه ذكر مثل هذا المستحق في الاجر بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر
متى يستحق فصار كانه قال لما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه
فهو الاجير المشترك ومن لم يتوقف استحقاق اجرته الى العمل كان هو اجير الخاص لانه
يستحق الاجر بمجرد تسليم نفسه لكن السلف لما كانوا متأدبين للتكلف ومتجنبين عن
التعسف لم يراعوا في التعريف تعريفا لا يستبعد امثال الامر بارادة التكلف لمفهوم من
يسترشد واعتمدوا على ما يكون من سنيه ويستجد ولما وقع تعريف الاجير المشترك
والخاص ما ذكر في المبسوط والذخيرة لانه يحصل به تمام معرفتهما من غير احتمال الدور
فقال في الباب الاول من اجارات المبسوط والحاصل ان اجير الوحد وهو الاجير الخاص
وهو من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة
او بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن
من ايجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله
لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا
يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو
نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في الذمة لا يتعذر به قبول السلم من غيره
والبيع لما كان يلاقي العين فبعدما باعه من انسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا يسمى

هذا

هذا اسم لما والاول اجير الوحد وهو الاجير الخاص وذكر في الذخيرة والمغني اولا ما ذكر في الكتاب
ثم اختلفت عبارة المشايخ في الحد الفاصل بين اجير الخاص والمشترك بعضهم قالوا الاجير
المشترك من يستحق الاجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل والاجير الخاص من يستحق الاجر بتسليم نفسه
وبمضي المدة ولا يشترط العمل في حقه لاستحقاق الاجر وبعضهم قالوا الاجير المشترك من يتقبل
العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وانما يعرف استحقاق الاجر على العمل من واحد وغيره
الاول بايقاع العقد على العمل كما لو استأجر خياطا ليخيط هذا الثوب بدرهم وانما يعرف استحقاق
الاجر بتسليم نفسه وبمضي المدة بايقاع العقد على المدة كما لو استأجر انسانا شهرا ليخدمه ولا اجارة
على العمل اذا كان معلوما صحيح بدون بيان المدة والاجارة على المدة لا تصح الا ببيان نوع العمل
واذا جمع بين العمل والمدة وذكر العمل اولا نحو ان يستأجر راعيا مثلا ليرعى له غنما مسماة بدرهم
شهرا يعتبر هو الاجير المشترك لانه جعله الاجير المشترك باول الكلام لانه اوقع العقد على
العمل في اول كلامه وقوله شهرا في آخر كلامه يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد
ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي اوقع العقد عليه فلا يتغير اول الكلام بالاحتمال الا اذا صرح
في آخر كلامه بما هو حكم اجير الوحد بان قال على ان لا ترعى غنم غيري مع غنمي واذا ذكر
المدة اولا نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بدرهم يعتبر هو اجير وحد لانه جعله
اجير وحد باول الكلام لانه اوقع العقد على المدة في اول الكلام وقوله لترعى هذه الاغنام
يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا مشتركا ويحتمل ان يكون لبيان نوع العمل نك
الذي يستحق الاجر في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل فنقول استأجرتك
شهرا للخدمة او للرعي او للحصاد وكان انواع العمل مختلفا وتارة اذا كان كذلك لا يتغير حكم اول
الكلام بالاحتمال فيبقى اجير وحد الا انه اذا نص في آخر كلامه بما هو حكم الاجير المشترك فيقول
وترعى غنم غيري مع غنمي فيتغير به اول الكلام ويصير اجيرا مشتركا **فان قلت** فحصل من
هذا كله ان الاجير المشترك من يعقد عقد الاجارة في حقه على العمل فكان المعقود عليه هو العمل
ولما كان مطلوب المستأجر هو العمل لم ينافي ذلك ان يكون هو اجيرا لغيره في العمل لانه يمكن
له ان يعمل لهما جميعا والاجير الخاص هو من يعقد العقد في حقه على منفعة نفسه في جميع
المدة للمستأجر وذلك لا يكون الا بتسليم نفسه للمستأجر ليتمكن من اجارة نفسه لاخر فكان
عدم جواز اجارة نفسه من اخر انما نشأ من ضرورة استغراق مدة الاجارة بايقاع منفعة
نفسه للمستأجر فلا يكون التمكن من العمل لآخر وعدم التمكن من العمل لآخر جزء على حدة
بل هما من نتيجة الحد الذي قلنا وذكر في المبسوط والحمال الذين يحملون في سفن المستأجر
ضامنون لما جنت ايديهم مثل ما يضمنون في سوقهم لان العامل اجير مشترك سواء عمل في
بيت نفسه او في بيت المستأجر فيكون المعقود عليه العمل وعقد المعاوضة يقتضي سلامة
المعقود عليه فالعمل المعيب لا يكون معقودا عليه وهذا خلاف ما قالوا استأجر من يوجئ
ليخيطه ثوبا في بيته فانه لا يضمن ما جنت يده لان المعقود عليه منافعه الا ترى انه ليس
له ان يعمل غير ذلك في يومه وانه يستوجب الاجر بالتسليم بنفسه والمتاع امانة في يده
ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله في يد الاجير المشترك وقال في المبسوط
ثم اخذ ابو حنيفة رحمه الله بقول ابراهيم فقال اذا تلف العين بغير صنعه فلا ضمان عليه
سواء كان اجير وحد او مشترك تلف بما يمكن الاحتراز عنه او لا يمكن واخذ ابو يوسف رحمه الله
ومحمد في اجير الوحد واما في الاجير المشترك اخذا بقول شريح والاختلاف فيه بين
الصحابة روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على
يده وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصابغ ونحوهما ولاختلاف
الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف فكان في القول بالصلح على النصف
عملا باقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الامكان **قلت** بل في هذا القول
الذي هو الفتوى بالصلح على النصف ترك لاقوال الصحابة اجمع لانه لم يعمل بواحد منها فان المنقول

من اهل النظر هو ان الاختلاف على القولين اجماع منهم على بطلان قول ثالث وهو الصحيح
لان كل فريق منهما يشهد على بطلان القول الثالث والصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في
قولين لا غير وهو الضمان على الاجير المشترك او بعدم الضمان فكان القول بنصف الضمان
قولا خارجا عن قول الفريقين اجمع فكان باطلا والذي يؤيد هذا الاشكال ما ذكر في
مسائل الوعد والوعيد في بصائر الادلة في دفع قول المعتزلة بان اطلاق اسم الفسق على صاحب
الكبيرة مجمع عليه واطلاق ما وراء ذلك من اسم المؤمن والكافر والمنافق مختلف فيه فما
اجمع عليه قال في جوابه هذا باطل لحدوثه ... لانهم كانوا على ثلاثة اقوال كانوا مجمعين على ان
ما وراءها وهو القول الرابع باطل فكان هذا القول من المعتزلة قولا اتفقت الامة على
بطلانه وكذا ها هنا لما اختلفت الصحابة على قولين اتفقوا على بطلان قول
ثالث **قلت** الفرق بينهما بوجهين احدهما ان ما ذكره من بصائر الادلة من
المسائل الاعتقادية والذي نحن فيه من المسائل الاجتهادية فلا يلزم ذلك في المسائل
الاعتقادية باعتبار ان القائل فيها يقول قائل بطريق القطع والثبات على ان ما اعتقد
به حق وما اعتقد غيري باطل ولا يلزم ذلك في الاجتهاد مع ان القائل منها لا يقول
بصحة قوله على القطع والثبات بل يقول بغلبة الظن على صحة قوله كما في مسائل التحري
ولا يقول قاطعا بصحة قول الغير فحينئذ لا يكون كل واحد من الفريقين قاطعا بان ما قاله
غيري باطل بل هو في حيز احتمال الصحة والثاني ان قولنا في هذا القول عمل باقوال الصحابة
فيكون وجهه انا لما قلنا بالنصف على التنصيف كان ذلك منا احتياطا للتنصيف بعد وجوب
الكل وانتفاء الوجوب بالنصف كان فكان عملا بقول من يقول بالضمان لما قلنا
بعدم وجوب النصف كان عملا في النصف بقول من يقول بعدم الضمان واما ايجاب النصف
فكان منه استدامة باعتبار ان المصاحب يعان واقرب الناس منه اعانة من هلك
ماله في يده فعلم بهذا ان فيه عملا باقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الامكان كالوديعة
اذا كانت باجر يعني هنالك يضمن فانما يضمن لانه انما يتصور ... له في حافظ الامتعة
باجر فسرق او ضاع فانه يضمن وان كان الدين ... امانة لانه تابع عمل الحفظ
فيدخل تحته السلم عن عيب سبب الهلاك الذي لا يمنع الانتقاص من الحفظ ولا تابع
لا يدفع لان ذلك الهلاك بسبب ... وهو عيب فيه فلم يدخل تحت الدق كالدق
الذي يحدث منه الخرق واذا ثبت هذا في الحافظ باجر فكذلك العامل باجر من الخياط
والقصار لانا نجعل حفظ العين معقودا عليه مع العمل تبعا للعمل احتياطا للناس
واما ابو حنيفة رحمه الله فانه يحتج بالقياس لانه لم يبلغه اقوال الصحابة بها وعلى هذا
ان من مذهبه ان القياس اولى من قول الصحابة واما ترك القياس باجماعهم ولم
يبلغ هذا القول ... لا ينعقد به الاجماع ووجه القياس ان الخلاف فيطرد في
القصار ونحوهما بدون حافظ الثياب والعقد في القصار يتناول القصارة دون الحفظ
الا انه لا بد من الحفظ للعمل فيثبت له ولاية الحفظ كما يثبت للمودع لانه كحفظه لا باجر
فهذا هو ... من الصحيح ... لا استحسان احتياطا وحاصل الخلاف بينهم راجع الى
اصل وهو ان المعقود عليه في الاجير المشترك ما ذا وكل ما دخل في المعقود عليه
فهو مضمون حتى ان علماءنا الثلاثة لما لم يختلفوا في ان المعقود عليه في القصار القصارة
اجمعوا على ضمان ما تلف من القصار في فعل القصارة وذلك لان المعقود عليه عمل ...
... والعقد عقد معاوضة فمطلقه يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد
البيع واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة رحمه الله العقد في الاجير المشترك وارد على العمل لا
على العين فلا يصير العين به مضمونا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد وارد
على حفظ العين وذلك لان المستحق عليه العمل ولا يتوصل الى اقامة العمل الا بحفظ العين
فلا يتوصل الى المستحق الا به فيكون مستحقا ايضا والمستحق بعقد المعاوضة السليم دون

العيب

العيب فيكون استحقاق صفة السلامة فيه كما يستحق في المبيع والحجة القاطعة لابي
حنيفة رحمه الله هي ان الضمان لو وجب هنا اما ان كان ذلك الضمان ضمان عقد كما في
ضمان حرق الثوب عند دق القصار وكما في ضمان المودع اذا كان حفظه باجر او ضمان
جبران كما في ضمان الغصب لا جائز للاول لان العقد وارد على العمل لا على العين فلا
يصير العين مضمونا ولا جائز للثاني لان الجبران للعدوان وهو انما يكون شيئا على المالك
بغير اذنه لان ذلك مقبوض باذن المالك ومثله عن موجب الضمان كما في اجير الوحد
كالمودع ... من النظر فيه ... في حق الاجير وهو ان يلزم ما لم يلتزم ونظر الشرع
للكل من النظر لا جزاء لا يكون مضمونا عليه اولما ذكرنا ... للجانبين لم يجب الضمان
اشتراك هذا كله مما اشار اليه في الاسرار والمبسوط وان شرط الضمان على الاجير
المشترك في العقد فهو لا يخلو اما ان شرط عليه ضمان ما هلك في يده بسبب لا يمكنه الاحتراز
عنه فسدت الاجارة في قولهم لانه شرط شرطا بخلاف مقتضى العقد ولاحد المتعاقدين
فيه فائدة واما ان شرط عليه ضمان ما يهلك في يده بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة
ونحوها فلذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان هذا شرط لا يقتضيه العقد عنده فيفسد
العقد وعندهما يصح الشرط والعقد لان عندهما الحكم ثابت بدون هذا الشرط والشرط
لا يزيده الا وكادة كذا في الجامع الصغير لقاضي خان ولئن ان الداخل تحت الاذن ما
هو داخل تحت العقد الى اخره **فان قلت** لو دبغ الخصم ما ذكره في الكتاب وهو قوله
لانه امر بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وزاد عليه مما في معهيته وهي
ان الفصاد ... من جانب مالك الثوب مطلقا فانه لو رهنه لا يكون مضمونا عليه
كالمعين واجير الوحد وذلك لانه استأجره لدق الثوب والدق عمل معلوم بحده وهو
ارسال المدقة على المحل من غير عنف ومقدار ما يثبت به تلك الصفة وكان ما دونا له فيه بعد
التحرز اما كان لوهن في الثوب ولا ليس في وسع العامل التحرز عن ذلك فهو نظير
البزاغ والفصاد والحجام والختان اذا سرى الى النفس لا يجب الضمان عليه لهذا المال لانه



لا يستحق عليه وما يستحق عليه المرء لا يتقيد بما ليس في وسعه وبه فارق الرمي في الطريق
والرمي الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فيتقيد بشرط السلامة والدليل عليه ان اجير
القصار اذا دق فخرق الثوب لا يجب الضمان على الاجير وعندكم يجب الضمان على الاستاذ
... هذا بعيد لانه ان كان العمل ما دونا فيه لم يجب الضمان به على احد وان لم يكن
ما دونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فاما ان يقال من باشر لا يضمن ويضمن
من لم يباشره فهو بعيد جدا قلنا ... ليس في وسع العامل تحرزه لم يشترط
عليه ذلك وانما يشترط عليه بعض العمل على وجه يصلح للصلاح وفي وسعه ذلك
بحذقه وكذلك يشترط عليه حمل ومشي على وجه الصلاح لا على وجه لا يعثر فيه
ولا تزل رجله وهذا كالمجتهد في باب الدين فانه يكون ماجورا عند الله تعالى اذا اجتهد
في محله بطريقه اصاب به الحق ام اخطأ لان عليه النظر للاصابة فاما الاصابة
فليس في وسعه ولهذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله قلنا فيمن له على آخر قصاص
في اليد فقطع فمات منه لم يضمن شيئا لان الله تعالى ملكه قطع يده بيده والقطع
... معلوم فما اتى به صار مستوفيا للامر ثم السراية وعدمها بعد ذلك فليس بماخوذ عليه
لانه ليس في وسعه وهذا لانا لو قيدنا بالسلامة لا ينطلق حق المقطوع عنه يده
لانه شرط لا يمكنه الوفاء به فلم يجز ان يبطل حق المظلوم بحق الظالم لو ترك كان
اولى لما جوابنا عنه **قلت** جوابنا ايضا يتوضح ما ذكر في الكتاب وتعليلنا
... وهو ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح
وذلك لان الاذن يثبت ضمنا للعقد والعقد انما انعقد على العمل السليم عن العيب
لان المعيب لانه بيع المنفعة والبيع مطلقه يقتضي سلامة المبيع عن العيوب لا المعيب

انه اشترى عينا اقتضى السلامة عن العيب لانه بيع المنفعة والبيع مطلقه يقتضي سلامة
المبيع عن العيوب الا ترى انه اشترى عينا اقتضى السلامة عن العيب حتى اذا وجد عيبا
رده بحكم العقد فهاهنا ما تناول عينا مشارا اليه انما تناول دينا في الذمة فيوجد منه
نوعان سليم ومعيب والعقد يتناول السليم منهما من الاجرة اذا كان كذلك وانما كان كذلك
عرفنا ان المعقود عليه هو العمل السليم المزين للثوب وان العمل المعيب المخرق للثوب غير
معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وقوله فارق اجير الوحد لان الصحيح ان المعقود عليه
في اجير الوحد منافعه وهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه حق والعين الامانة
تكون معيبا او سليما كما في بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه عيبا لا يخرج العقد
به من ان يكون متناولا له لانه يعرفنا ان الاذن هنالك متناول للعمل معيبا كان او سليما
وهنا المعقود عليه عمل في الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم اذا تناول الجيد لا يكون
الردي معقودا عليه وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة لا تقتضي
السلامة عن العيب والحرق لا يخرج العمل من ان يكون مأذونا فيه واما قوله
ان الاحتراز عن التخرق ليس في وسعه فلا يتقيد به قلنا لا نسلم بل الدق عمل ومنه
للاصلاح وهو الاصل والخرق انما يقع بعيب فان التحرز عن التخرق في وسع القصار
في الجملة ولا يقال يشق على القصار الا انه ربما يحتاج الى الحرج منه وذلك لا يمنع صحة
الزامه بعقد المعاوضة وبه يقع الفرق بينه وبين الفصاد والبزاغ وصحة ان
التخرق اما ان يكون لشيء في طي الثوب او لدقه في الثوب او لخرقه في الدقة وكلها
على الوقوف عليه عند التأمل فاما السراية ولضعف الطبيعة عن دفع اثر القطع
ولا طريق للوقوف عليه بحال على ما يأتي بيانه واما الجواب عن اجير القصار فهو
انما اخرق فعله ويقال لا يستأذن لان اجير القصار اجير الوحد فالمستأجر في حق هذا
منافعه فلذلك لا يكون ضامنا بما عمله للاستاذ فعمل الاستاذ بنفسه وهو لو اتلف
العمل بنفسه بحرق الثوب كان ضامنا فكذلك اذا عمل له اجيره واما الجمال ونحوه
جواب بعد واما الجواب عن الاجنبي فانه حمل عذرا في حق الله تعالى دون حق العبد
فلم يسقط حق العبد بخطائه وعذره واما جواب ابي حنيفة رحمه الله عن قصاص اليد
حيث قال ضمن له على اخر قصاص في يده فقطع يده ثم مات فانه يضمن الدية لان الاذن
ثبت ضمنا لوجوب القطع له والقطع ما ثبت له الا قصاصا فما قتل الاول والثاني في
ما نقتل الا لم يكن قصاصا مثل الاول وتمامه يجيء في كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى
واذا عرفنا هذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا واعطاه
الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا اجر له قال بشر بن غياث رحمه الله وهذا
الجواب صحيح على اصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما قبضه قبض ضمان فله ان
يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور واما عند ابي حنيفة رحمه الله فهو خطأ لان
عنده قبض قبض العقد فيقبض امانة وانما الموجب للضمان عليه العمل فيكون له
ان يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح ما قلنا فانا لا نقول يضمن
قيمته بالقبض ولكن يضمنه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان
العمل يصير مسلما من وجه بايصاله بالثوب وذلك العمل يجوز ان يكون معقودا عليه
عند الوصاية كالردي في باب السلم يكون معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع العمل
في الحمل كان له الخيار ان شاء رضي به متغيرا فضمنه قيمته معمولا واعطاه الاجر وان
شاء لم يرض به فيخرج العمل من ان يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته غير معمول
ولا اجر له كذا في المبسوط والاسرار وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله قال مشايخنا
رحمهم الله في تضمين الاجير المشترك المستأجر هذه المسألة ان نعني بالاصلاح لا تحاب
الضمان لتكون عملا بالاقوال الصحابة لان في هذا الصلح حظا واحتياطا للضمان فيكون هذا عملا

باقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الامكان وذكر في الصلح قالوا القاضي يامرهم
بالصلح لا يقضي وان طلبوا القضاء ولم يامرهم بالصلح ثم قال فان قلت
بان القضاء على شيء فذاك والا فالصلح بالنصف لان هذا عمل بالقولين وذكر الامام
المحبوبي رحمه الله حكي عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله انه كان اذا استفتي عن
هذه المسألة يكتب في فتواه لا يضمن عند اكثر اصحابنا رحمهم الله يعني به ابا حنيفة
رحمه الله الا انه لا يضمن بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وفيه
لان هذا ادى الى ما هو مشتمل على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح
انه لا فرق وكذا رواه ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في الرضيع كذا ذكره
الامام التمرتاشي رحمه الله واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في
بعض الطريق وانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله الى اجره فكذلك
الامام العتابي رحمه الله انما وضع المسألة في الفرات لان الدنان كانت تباع هنالك
واعلم ان الحمال اجير مشترك بمنزلة القصار فان تلف في يده بغير فعله فان رحمه الله
في وجوب الضمان عليه خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه كما مر في ضمان
الاجير المشترك فان تلف بفعله فان تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا
لزفر رحمه الله فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان
شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذي سقط واعطاه من الاجر بحصته وان شاء
ضمنه قيمته غير محمول ولا اجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه معه
بالاشكال ولذلك ان كان لا يمشي معه يصير مسلما بايصاله بملكه ثم تحير فقبل تمام
التسليم فيثبت الخيار لهذا فان قيل كان ينبغي ان لا يخير عند ابي حنيفة رحمه الله
على هذا الوجه ولكن له ان يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المذهب
عنده ان المال امانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما يتلف بفعله واذا كان
امانة وقت القبض وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه قلنا له
من وجهين احدهما ان هذا الشيء كذلك على الاطلاق ولكن القبض يقع على وصف
التوقف بمعنى ان هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وان سلم ظهر انه كان
امانة وهنالما هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه فجاز ان يكون له الخيار
على الوجه الذي قلنا والوجه الثاني وهو انه وجد سبب الضمان في مكان
الحمل منه لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذي وقع كسرا وفسادا الا ان الامانة
الحاصل له استند الى حالة العقد لان الفساد انما اوجب الضمان باعتبار العقد
انه لولا عقد الاجارة لكان الاجير متبرعا في الحمل ولا ضمان على المتبرع فيما اعان
ولما كان كذلك كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم يحال
به على السبب فلهذا كان له ان يضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه واذا انكسر
بعدما انتهى الى المكان المشروط من جنايته فلا ضمان عليه وله الاجر كذا نقل
عن القاضي الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية الفصد
وزن من جد ضرب والبزغ تبش وزن من جد فتح وفي المغرب بزغ البيطار الدابة
اذا شقها بالمبزغ وهو مثل مشرط الحجام وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لانه
ذكر في مسألة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان
وذكر في مسألة الجامع الصغير بان الاجير وحجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم
يكن بامره يجب الضمان فيحمل المذكور في احداهما مذكورا في الاخرى نظير هذا ما ذكره
شيخي رحمه الله مرارا في قوله تعالى في اصلها ثابت وفرعها في السماء ذكر الخبر في الجملة
الاولى وترك طرف الخبر وذكر طرف الخبر في الثانية وترك الخبر فيستفاد من ذكر الخبر

في الاولى ذكره في الثانية وليستفاد من ذكر الطرف في الثانية ذكره في الاولى فكان تقدير الاية حيث اصلها ثابت في الارض وفرعها عال في السماء وكذلك في مسائل الارث حكم ما فوق الثنتين ولم يذكر حكم الثنتين في قوله تعالى وان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ثم ذكر حكم الاختين ولم يذكر حكم ما فوق الاختين في قوله تعالى فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك حتى يستفاد حكم غير المذكور في احدهما عما هو المذكور في الاخرى ووجهه انه لا يمكن التحرز عن السراية لانه ليس في وسعه ان يقطع ولا يسري اما في وسع القصار ان يدق على وجه لا يحرق الثوب ونوع الفرق بينهما ان السراية لا تعترض بالجرح وللبنها يكون بعد زمان لضعف الطبيعة عن اثر الجرح وسرى الى الاهلاك على المجروح وهذا كله بعد ان يصير العمل كله مسلما الى صاحبه ويخرج من ضمان العامل فاما تحرق الثوب فيكون مضمونا بالدق فقبل ان يخرج العمل من ضمان القصار ولهذا كان ضامنا لما يتلف بعمله لان عمله مضمون عليه بما يقابله من البدل كذا في المبسوط **فان قلت** ففي قوله ولم يتجاوز الموضع المعتاد كان اشارة لا محالة الى انه لو تجاوز الموضع كان عليه الضمان على ما ذكر ولم يبين قدر ذلك الضمان على تقدير الحيوة او الموت ثم هو **قلت** كان ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان لو ختن فقطع الحشفة ينظر ان برا فعليه كمال دية النفس وان مات فعليه نصف بدل نفسه **فان قلت** هذا من اعجب المسائل حيث اذ هو مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه فما وجهه فان القياس الصحيح يقتضي انها اذا ازداد اثر جنايته ان يزداد ضمانه كما في قطع اليد وقتل خطا **قلت** وجهه ما ذكره الامام المحقق رحمه الله في المبسوط محالا الى ما ذكره محمد رحمه الله في النوادر فقال انه لما مات كان على ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة وقوله بتسليم نفسه وان لم يعمل هذا اذا تمكن من العمل واما اذا لم يعمل بسبب عدمه من العمل ولا يعمل لا يجب الاجر لانه ذكر في اخر الفصل الخامس عشر من الذخيرة فقال استاجر اجيرا يوما للعمل في الصحراء كالحصاد الطين ونحوه فمطر ذلك اليوم بعدما خرج الاجير الى الصحراء لا اجر له لانه يتسلم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان المطر وهكذا نقل ظهير الدين المرغيناني رحمه الله وهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقص العمل على ما المعقول بخلاف الاجير المشترك فانه يروي عن محمد رحمه الله في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا وكذلك الاسكاف على هذا ولم يذكر الجبر على الاعادة وينبغي ان يجبر عليه كما في مسالة السفينة فان الملاح اذا رد السفينة بنفسه اجبر على الاعادة كذا في الذخيرة ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله هذا اذا لم يتعمد الفساد ولانه تابع منفعته والمنفعة سليمة وان الخرق في العمل الذي هو تسليم للمنفعة وذلك غير مضمون عليه فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجير

القصار

القصار وتلميذ الصباغ اذا استوجر والذي يصنعه المستاجر هو الاجير الا انما بعد واصله يضمن الاستاذ لان التلميذ اجير وحده ولا يرجع الاستاذ على التلميذ بما ضمن لانه اجير خاص كذا في الايضاح واما الثاني اي الاجير الخاص لا يضمن فيما يتلف من عمله لان العمل ليس بمضمون عليه بدليل انه يستحق البدل بغير عمل وما تولد من فعل غير مضمون عليه لا يكون مضمونا لكن اذا تعمد الفساد ضمن كما يضمن المودع كما في شرح ابي نصر فلان المنافع متى صارت مملوكة اي بتسليم النفس وصار بعد مستحق الاستيفاء كما في الاكراه الملجي

٥ باب الاجارة على احد الشرطين ٥

لما ذكر الاجارة على شرط واحد من غير تعلق بالشرطين حتى افسد الاجارة ما كان شرطا بخلاف مقتضى العقد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الاثنين بعد الواحد واذا قال للخياط ان خطته هذا الثوب فارسيا فبدرهم الى اخره يحتمل هذه المسائل على ثلاثة اوجه فواحد من الاوجه الثلاثة غير جائز بالاتفاق وهو ما اذا قال للخياط ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شيء لك والثاني جائز بالاتفاق وهو ما اذا قال للخياط ان خطته خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم فعلى قول ابي يوسف الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والثالث مختلف فيه وهو العاشر من مسائل الجامع رجع ابو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وكذا يختلف فيه وهو ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وكل من قال بالجواز فانه على الوجه الثاني اما وجه الاول فانه مخاطرة لانه في صورة القمار فكان فاسدا بالاتفاق ولانه يصير بعد تمام كلامه كانه قال لك اجر درهم على خياطته او لا شيء ولو قال ذلك كان العقد فاسدا وكان له اجر مثله لا يجاوز به درهما بعد مثله كذا في المبسوط وكذا اذا استاجره من بلاء اخ الشام بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى بغداد بكذا او الى واسط بكذا فكله جائز عند اصحابنا وكذا هذا في انواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للزارع ان زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلك ثلثه وان زرعتها بكرابين فلك نصفه واي ذلك فعله فله شرطه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع بخلاف الاجارة يعني انما تفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار ويجوز عقد الاجارة في احدى المنفعتين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا تجب بالعقد وانما تجب بالعمل فاذا اخذ في احد العملين فقد صار معلوما كذا في الايضاح **فان قلت** فما الفرق بين هذا وبين البيع والنكاح مع ان الشرط لا يفسد البيع بعد الاجارة بمثل هذا الشرط يفسد البيع والنكاح ولا يفسد الاجارة فانه لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم او هذه الجارية بمائة دينار او تزوجتك امي هذه بمائة درهم او امتي هذه بمائة دينار فقال قبلت كان باطلا ولا يبطل عقد الاجارة على الفارسية والرومية على ما ذكرنا **قلت** انما وقع الفرق بينهما من حيث ان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه من البدل معلوم فصار كانه حينئذ وقع العقد عليه ابتداء وذلك لان عقد الاجارة ينعقد المعقود عليه كالمضاف انما ينعقد عند اقامة العمل وعنده لكل الاجرة المعقود عليه بخلاف البيع والنكاح فالعقد هناك ينعقد لازما في الحال والبدل يستحق بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فنصف درهم وعند ابي حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثاني

فاسد وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر رحمه الله الشرطان فاسدان وهو القياس
لانه لو قال في البيع ان اعطيت الثمن الى شهر فعشرة دراهم وان اعطيته الى شهرين
فخمسة عشر درهما كان العقد فاسدا كله للتردد بين التسميتين ولانه اجتمع في اليوم
وفي الغد تسميتان اما في اليوم فلان العقد المضاف الى الغد ثابت في اليوم لان
الغد لا يذكر للترفيه لا للاضافة بدليل انه لو افرد العقد في الغد وقال خطه
غدا بنصف درهم يثبت هذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم واما
في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت بدليل
انه لو افرد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت
حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فصح ما قلنا انه اجتمع في اليوم وفي الغد تسميتان
فيفسد العقد قياسا على ما لو قال خطه اليوم بدرهم او بنصف درهم وانا نقول
لزمت الجهالة في البيع بسبب الجهالة في الثمن وقت العقد للتردد في الحال واما
في الاجارة انما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف البيع على ما قلنا
وبخلاف الفصل الاول فهناك انما افسدنا العقد لمعنى الغرر وذلك غير موجود هاهنا
لانه في الوجهين شرط الاجر له على نفسه وبخلاف ما لو قال خط هذا الثوب غدا
بنصف درهم فخاطه في الغد استحق الاجر وان كان لا يروى هذا الفصل وكذلك
في قوله خط اليوم بدرهم فخاطه في الغد استحق الاجر المسمى لان مقصود الامر العمل
عند الاطلاق دون الاجل ومطلق العقد لا يقتضي اجلا علم انه اراد بذكر الاجل
في الفصل الاول الاعلام العقد للحال فيثبت العقد حالا لانه يوجل العمل بعد
ثبوت العقد كالبيع بالالف الى اجل فاما في مسألتنا هذه فذكر الحال بدرهم فيفسد لا
لذلك الى هذا اشار في المبسوط والاسرار والفوائد الظهيرية لان الخياطة في واحد
اي في شيء واحد كالقميص مثلا لانه ذكر صورة المسألة في الفوائد الظهيرية وغيرها
في القميص وقال رجل دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا وقال ان خطته اليوم فلك
درهم وكان هذا على هذا التقدير احترازا عن المسألة الاولى وهي قوله ان خطت
هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين وهو جائز بلا خلاف وقد
ذكرت علته بدلان اي قال على ان يكون الاجر اما درهما او نصف درهم على البدل
اي على ان يكون احدهما بدلا للاجر فيجتمع في كل يوم تسميتان وذلك لان قوله ان خطته
اليوم فبدرهم باق الى الغد كما ذكرنا وقوله وان خطته غدا فبنصف درهم ثابت
في الغد ابتداء على وجه التصريح فاجتمع في الغد تسميتان احدهما بالبقاء والثانية
بالابتداء وهذا المعنى ذكره ابو حنيفة رحمه الله في الغد لهذا المعنى واما اجتماع
التسميتين في اليوم وهو ان ذكر الغد للترفيه فكان فيما كان هو للترفيه كان قوله
وان خطته غدا فبنصف درهم ثابتا في اليوم ايضا واما التسمية الاخرى فانه
اليوم فصريح وذكر اليوم فاجتمع في اليوم تسميتان ايضا بهذا الطريق ولهما ان ذكر اليوم
للتاقيت ولما كان للتاقيت كان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم وتسميتان
ايضا بهذا الطريق ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت ولما كان للتاقيت كان قوله ان
خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فما نقضت اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي
بانقضاء الوقت فلا يجتمع تسميتان في الغد للاضافة وفي تسميته للتعليق والمراد به
الاضافة لان الاجارة قد ذكرنا انه لا يصح تعليقها ولكن يصح اضافتها ووقت المستقبل
واذا كان عقدا مضافا الى الغد لا يكون ثابتا في الحال بوجه فلا يجتمع تسميتان في
حق اليوم ايضا على هذا الى ما اقتضاه العقد بتقدير الكتاب وهو موافق لما ذكر في الفوائد
الظهيرية واما على تقدير الاسرار وغيره فهذا التقدير مخالف له فانه ذكر العقد والكلام
فيهما نعم لان لما ثبت ان العقد واحد وذكر اليوم لاستعمال العمل ومتى لم يعمل كان

العقد

العقد باقيا ابدا وكانت تسمية النصف اذا اخر الخياطة لا تسمية جديدة
ان التسمية الاولى باقية فكانت العشرة هاهنا واقعة عن تسمية اخرى وعن واقعة
الخط اذا اخر وفي الجامع الصغير لشمس الائمة وابو يوسف ومحمد رحمهما الله استحسنا
وقالا جهالة البدل لا تفسد العقد لعينه بل للمنازعة التي تمكن بينهما وهي الجهالة
المفضي الى المنازعة فمن البدل في باب الاجارة لا يجب بنفس العقد بل باقامة العمل وعند
ذلك ما يجب من البدل معلوم سواء خاطه اليوم او غدا ولان التعجيل والتاخير مقصود
بقدر ما اختلاف الغرض كما لو عين نوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية
اذا في الايضاح ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل
كما في مسألة الخبائز وقد مرت فانا لو نظرنا الى ذكر اليوم يكون الاجير اجير وحد ولو نظرنا
الى ذكر العمل كان الاجير الاجير المشترك وحكمهما مختلف فيفسد العقد عند جمعهما ومن هذه
الرواية عدلنا عن العمل بحقيقة اليوم التي هي للتاقيت الى المجاز الذي هو للتعجيل وهو
الزيادة في الاجر على اعتبار الخياطة في اليوم والنقصان على اعتبار التاخير واذا ثبت
هذا ثبت ان العقد المضاف الى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان
فلم يكن الاجر مجهولا في اليوم واما المضاف الى اليوم فيبقى الى الغد لانه لم ينقض
بانقضاء اليوم لما ان اليوم لم يكن للتاقيت فيجتمع في الغد تسميتان باجر درهم ونصف
درهم فكان الاجر مجهولا الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وذكر في المبسوط اجتمع
في اليوم الثاني تسميتان درهم او نصف درهم فكان العقد فاسدا كما لو قال خطه
بدرهم او بنصف درهم بيان ذلك ان موجب التسمية الاولى عند الخياطة غدا الدرهم
لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الثاني الى الاول في العقد نقص الاول
فيجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه الا تسمية واحدة وهي الدرهم لان تسمية
نصف الدرهم في الغد موجب لها في اليوم حتى لو قال استاجرتك غدا لتخيطه
بنصف درهم فخاطه اليوم فلا اجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثاني بخلاف
الخياطة الرومية والفارسية لانه لا يجتمع التسميتان في واحد من العملين حتى لو قال
خطه خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا هذا على الرواية
التي لو قال له خط هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غدا يجب المسمى واما على الرواية
التي يجب اجر المثل فيقول التسمية الاولى لها موجب في اليوم فهو اجر المثل اي لو
لم يعلم خياطته في اليوم فهو بتسميته نصف درهم قصد تغيير موجب تلك التسمية
مع بقائها وذلك فاسد كما في قوله ان خطته غدا فلا شيء لك بخلاف الخياطة الرومية
والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين
كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيه فلهذا افترقا وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم
ولا ينقص من نصف درهم والمخالفة بين الاول ورواية الجامع الصغير لظاهر لان
في الاول لا يزاد اجر المثل على نصف درهم وفي رواية الجامع الصغير لا يزاد اجر المثل
على درهم وذكر في الايضاح واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا خاطه
في اليوم الثاني وذكر في الاصل وفي الجامع الصغير انه يجب اجر المثل لا يجاوز درهم وذكر
في الايضاح واختلفت الرواية عن ابي حنيفة انه لا يزاد على الدرهم ولا ينقص من نصف
درهم وذكر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد
على نصف درهم ثم قال وهذه الرواية هي الصحيحة فوجهه ان الاجارة الفاسدة
يجب فيها اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم فاما الدرهم
فهو المسمى في اليوم الاول لا غير وروايته نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح واما
سواهما فالصحيح انه لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه ذكره في الايضاح ان سكنت في
هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين واللفظ سكنت من السكنى

لا من الاسكان واستصناع عطارًا او حداد ًا على الحال لا على المنعول به على ما مر من رواية
المعرف ونصحيح شيخي رحمه الله ولفظ المبسوط والايضاح يدل على صحة هذا فقال
في الايضاح اجرتك هذه الدار شهرًا ان قعدت فيها حدادًا فاجرها عشرة وان بعت فيها
البز فاجرها خمسة وقوله بعت لا يتصور الا في البلاد المجردة وفي المبسوط لو استاجر بيتًا
على انه ان سكنه بزازًا فاجره خمسة وان سكنه حدادًا وقصارًا فاجره عشرة جاز وذاي العمل
فعلى استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا القول قوله الاجر واما قوله الاول
فكعوله ما كذا ان استاجر بيتًا على انه ان سكن فيه بزازًا فاجره خمسة وان سكنه قصارًا
فاجره عشرة دراهم وان اسكن فيه حدادًا فبدرهمين فهو جائز يعني اطلق السكنى في
احد الطرفين وقيد الطرف الاخر باسكان الحداد ويحتمل الخلاف يعني وذكر هذه المسائل
في الجامع الصغير بالجواز مطلقًا من غير ذكر الخلاف فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل
ان يكون هذا قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة كما في نظايرها من المسايل هكذا ذكره في الذخيرة
اما في هذه المسايل يجب الاجر بالتحلية والتسليم فينتفي الجهالة له يعني اذا كان يجب الاجر
بالتحلية كان الاجر مجهولًا وقت الوجوب لانه لا يدري ان التحلية وقعت للحدادة فيجب
عشرة او للخياطة فيجب خمسة وهذا الحرف اي وهذا المعنى انما وقع الى قوله يجب الاجر
بالتحلية والتسليم ينفي الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم بان لم يسكن ولكن اصلا
ومضت المدة يجب اقل الاجرين للتيقن به وقال بعض مشايخنا رحمهم الله متى سلم ولم
يوجد السكنى من المستاجر اصلا لا يجب التسليم لما لانه ليس احدهما باولى من الاخر فيجب نصف
كل واحد من البدلين وهو سبعة ونصف فيما اذا كان اقل البدلين خمسة والاكثر منهما عشرة
كذا في الذخيرة وللجامع الصغير البرهاني والله اعلم بالصواب ——— واليه المرجع والمآب

باب ——— اجارة العبد

لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالحر شرع في بيان احكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط
الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة
فلا ينتظمها الاطلاق **فان قيل** هو في ملك منافعه بمنزلة المولى في منافع عبده
وللمولى ان يسافر بعبده مطلقًا فلا يكون له ان يسافر باجيره للخدمة **قلنا** انما يسافر
المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة اجيره وانما يملك منافعه بالعقد
والمسمى بالعقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له ان يجاوز ذلك الا ترى انه يزوج عبده
بملك رقبته ولا يدل ذلك على ان يزوج اجيره وان سافر به فهو ضامن لمولاه لانه
صار غاصبًا له بالاخراج ولا اجر عليه يعني وان رده الى مولاه سالمًا لان الاجر والضمان
لا يجتمعان لان المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعد اخراجه
من الكوفة ولذلك لو اشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة
بالكوفة ايضًا وليس له ان يسافر به لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر
من حال صاحب العبد انه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزم مؤنة الرد وربما
تزيد ذلك على الاجر فيتعين موضع العقد مكانًا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في الذخيرة والمبسوط
فان قيل ما الفرق بين مسألة الاجارة وبين مسألة الصلح على الخدمة فان المدعي له
ان يخرج الى السفر بالعبد وصورة الصلح ان من ادعى دارًا وصالحه المدعا عليه على خدمة
عبده سنة فان المدعي له ان يخرج الى السفر كان له ان يخرج بالعبد الى السفر وهو لم يملك
رقبة العبد ومع ذلك كان له ان يخرج به الى السفر والمسألة في الفصل الثامن عشر من
اجارات الذخيرة **قلنا** ——— قد ذكر هذه المسألة الامام المحقق شمس الايمة السرخسي في
اواسط باب الصلح في العقار من كتاب الصلح وقال وله ان يخرج العبد من المصر الى اهله
ثم قال وكان شيخنا رحمه الله يقول في الفرق بين هذه وبين مسألة الاجارة فاويله
ما قال في باب الصلح ان اهل المدعي اذا كان في بعض القرى القريبة من المصر والمدعا عليه

بلده لانه او كان هو على جناح السفر والرجوع الى اهله وقد اعلم ذلك المدعى عليه فحينئذ
يكون هو راضيًا باخراج العبد الى اهله لان الانسان انما يستخدم العبد في اهله وتاويله
ما قال في كتاب الاجارات انه اذا لم يكن ذلك متعارفًا للاجير عند عقد الاجارة فلا يكون
راضيًا باخراج العبد وبكلفته خدمة السفر لان الخدمة في السفر اشق منه في الحضر ثم
قال محمد رحمه الله والذي يرى الى من الفرق بين الفصلين ان في باب الاجارة مؤنة
الرد على الاجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حصته
في الاجر والمستاجر اذا سافر بالعبد فهو يريد ان يلزم المواجر ما لم يلتزمه من مؤنة
الرد واما هاهنا يعني في الصلح مؤنة الرد ليست على المدعا عليه لانه يزعم انه يملك الخدمة
بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعي هاهنا باخراجه
الى اهله يلتزم مؤنة الرد ولا يلزم المدعا عليه شيئًا فلهذا كان له ان يخرجه ولهذا
جعل السفر عذرًا يعني اذا استاجر غلامًا ليخدمه في المصر واراد المستاجر ان يسافر فهو
عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر
المستاجر فلهذا جعل عذرًا كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله قال في الركوب يعني
اذا استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين
فلذلك هاهنا لما تعينت الخدمة في الحضر ليس له ان يستخدم في السفر للتفاوت بين الخدمتين
ولذلك لو اطلق في الركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو بعد ذلك ليس له
ان يغير من ركبه اولا لانه تعين هو للركوب ومن استاجر عبدًا محجورًا عليه شهرًا الى
اخره فالجواب في الصبي المحجور كذلك فان الصبي المحجور اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان
له الاجر لانه غير محجور عن ما ينفعه ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ
محض منفعة ثم قبل الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل فان اعتقه
المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل
للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر
ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والعوض للمولى لانه هو العاقد كذا ذكره
الامام قاضي خان والامام المرغيناني رحمهما الله وفي الفتاوى ان المحجور وان سلم العبد من
العمل ومرغ عنه لا يجب الاجر على المستاجر فيما اذا كان المستاجر صار غاصبًا للعبد بالاستعمال
والاجر لا يجب على الغاصب كما اذا هلك العبد يعني اذا هلك العبد وقت استعمال المستاجر
اياه بغير اذن المولى يجب القيمة دون الاجر بالاتفاق لانه لما كان استعماله بغير اذن المولى
صار المستاجر غاصبًا للعبد ولا اجر مع الضمان لانهما لا يجتمعان **فان قيل** يشكل هذا
بما لو دفع الارض الى عبد محجور عليه مزارعة لم يزرعها العبد بيده وهلك العبد في عمل الزراعة زرعة
فانه لا يضمن **قلنا** ان البذر لما كان من العبد يصير العبد مستاجرًا للارض ولا يصير
صاحب الارض غاصبًا للعبد لان من كان البذر من قبله يكون مستاجرًا حتى لو كان
البذر من قبل صاحب الارض وهلك العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب
في الصبي المحجور كذلك والمعنى فيه اعم من يبين اذ لا ضمان فيه كذا في الفوايد الظهيرية
ولكن ذكر في الذخيرة اذا هلك المحجور من العمل في هذه الصورة ان كان المحجور صبيًا فعلى
عاقلة المستاجر ديته وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك وان كان المحجور عبدًا فعلى المستاجر
قيمته ولا اجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا ومن غصب عبدًا فاجر العبد نفسه لانه
لو اجر الغاصب العبد كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق فيما اهو ضامن
لانه اكل مال المالك بغير اذنه فيكون ضامنًا كالزيادة المتولدة من العين المغصوبة
اذا استهلكها الغاصب وقوله عليها مر اشارة الى قوله وجه الاستحسان ان المعرف
تابع الى اخره وهذا غير مجرد للمولى لان الاجارة انما يكون بيد المالك او بيد نايب المالك
ويد الغاصب ليست يد المالك ولا يد نايبه وكذلك يد العبد ليست يد المالك ولا يد نايبه

ولان ذلك بيد العبد لا بيد المالك ولا بيد نائبه لانه في يد الغاصب حتى انه مضمون على الغاصب
ولما لم يكن محرزا للمالك لم يكن معصوما له وما ليس بمعصوم لانسان لا يكون مضمونا
له كالمسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجر بدل المنفعة وحكم البدل حكم الاصل ولو
اتلف الغاصب المنفعة لم يضمن وان كان المغصوب منه احق بها وكذا اذا اتلف بدلها
ولان الغاصب لو اجرها كان الاجر له ولا ضمان عليه اذا اتلفه فاذا اجر العبد نفسه
فعمله من وجه كفعل الغاصب لانه في ضمانه ومن وجه فعله كفعل المالك لان المولى هو
المالك لرقبته فتعارض دليلان في موضع مختلطين فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر
في يده وقلنا المالك احق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه
على الغاصب اذا اكله لان الاصل في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البائع ان استهلك
البائع لا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان قائما رده على المشتري كذا ههنا
كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله وغيره ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا ولانه
ظاهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل له خروج العهدة بالاداء اليه
وهذا الجواب فيما اذا اجر العبد نفسه لانه لما كان مؤاجرا نفسه فالمؤجر قبض الاجرة لانه
عاقد واما اذا اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة من جهة المستاجر لان
القبض من حقوق العقد فيثبت للعاقد كذا في الايضاح وقوله على ما مر اشارة الى
قوله والتاجر فمادون به كقوله الهبة لان الشهر المذكور لا ينصرف الى ما يلي العقد لانه
لو اراده بالذكر كان العقد واقعا على الشهر الذي يعقب العقد لما عرف ان الاوقات
في حق الاجارات بمنزلة الاوقات في حق اليمين اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا ... لما تعين
الشهر الاول لما يلي العقد والشهر الثاني معطوف عليه والمعطوف غير المعطوف عليه
عرفنا ان مراده شهرا بعد هذا الشهر فحينئذ يتعين الشهر الثاني لا محالة وكذلك
لو استاجر ثلاثة اشهر شهرين بدرهمين وشهرا بخمسة فالاولان بدرهمين فالقول قول
المستاجر اي لا يجب الاجر وان جاءه الى العبد وهو صحيح فالقول قول المؤاجر اي يجب
الاجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيرجح بحكم الحال وهذا المعنى وهو ان الحال معلوم متفق
عليه يعيد الاشتباه برد المختلف فيه الى المتفق عليه فان قلت الحال يصلح للدفع لا
للاستحقاق ثم لو جاء المستاجر بالعبد وهو صحيح فالقول قول المؤجر حتى يستحق المؤجر
مطالبة المستاجر بالاجرة فالحال حينئذ كانت حجة للاستحقاق وليست لها هذه الصفة
فما وجهه قلت لم يثبت للمؤجر استحقاق الاجرة بمجرد الحال ههنا بل بسبب وجوب
استحقاق الاجر هنا العقد وتسليم العبد اليه في المدة ولكن المستاجر يدعي ما ينافي
الوجوب معترضا بعد ظهور السبب الموجب للاستحقاق والظاهر يكفي شاهدا للمؤجر
... وان اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستاجر عشرة ايام وقال المؤجر
خمسة فالقول قول المستاجر والبينة للمؤجر امثلة الاختلاف في جريان ماء الطاحونة
وانقطاعه فان مستاجر الرحى اذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدة فالقول
القول قول من يشهد له الحال وكذا لو اعتق جارية ولها ولد فقال المولى اعتقتك
بعدما ولدت والولد ملكي وقالت الجارية لا بل اعتقتني قبل الولادة وقد عتق ولدي
باعتاقي فالقول قول من كان الولد في يده واعتبار اليد ليس الا تحكيم للحال وكذا لو باع
شجرا منه ثمار ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار وقال المشتري بل اشتريت الاشجار
مع الثمار ... ان كانت الثمار في يد البائع فالقول قوله وان كانت في يد المشتري فالقول
للمشتري هذا كله ما ذكره الامام التمرتاشي والمحبوبي رضي الله عنهما والله اعلم بالصواب

باب الاختلاف

لما ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب احكام اختلافهما وهو
الفرع لان الاختلاف انما يكون بامر عارض فالقول لصاحب الثوب اي مع يمينه وقال

ابن

ابن ابي ليلى رحمه الله القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب
يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليسقط الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر وكما
يقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ومعناه ما مر من قبل اي قبل باب الاجارة الفاسدة
في مسألة ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه ... فان قلت ... سواء
فيما كان المؤجر والمستاجر متفقين على صاحب الثوب ... للخياط بخياطة القميص
ثم خالفه المؤجر فخاطه قباء وههنا اختلفا في اصل المعقود عليه بانه كان امره
بخياطة قباء او بخياطة قميص فحينئذ اختلاف صورة المسألة كيف اتحد الجواب قلت
اختلفت صورة المسألة ابتداء لكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب
الثوب ولما حلف كان القول قوله فكانت هذه المسألة حينئذ نظير تلك المسألة
وكان حكم هذه المسألة حكم تلك المسألة لذلك ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء
اخذ الثوب واعطاه الاجر ووجهه ان الصباغ في اصل الصبغ موافق لصاحب الثوب
وفي الصفة مخالف ... به المسمى لانه رضي بالمسمى في بعض النسخ الى ... وفي بعضها
من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ ... الاول اعني قوله
لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله قيمة ما زاد الصبغ فيه رواية
ابن سماعة عن محمد رحمه الله ووجه ظاهر الرواية ان الصبغ الة للعمل المستحق على
الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا
للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد رحمه الله ان الصبغ في الثوب
بمنزلة عين مال قائم بنفسه حتى لو انصبغ ثوب انسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه
فان صاحب الثوب يضرب في الثمن بقيمة ثوب ابيض وصاحب الصبغ بقيمة
الصبغ ولم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل للبيع لما كان له من الثمن
حصة ولكن الاصح ما ذكره في ظاهر الرواية ... الرجل ... وقيل الرجل من
سبقه معاملة احد ... كالخياط يخيط لك الثوب باجرة فيعمل ذلك مرارا ... قال
في ... والتتمة دفع الى قصار ثوبا ليقصره ثم لم يذكر اجرا لم يذكر جوابه في اجارات
الاصل وفي غير رواية الاصول فيها ثلاثة اقوال على قول ابي حنيفة رحمه الله هو متبرع
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله ان كان خليطه وتفسير المسألة على قول ابي يوسف
رحمه الله كان الرجل يعامل قصارا كان يدفع اليه الثوب باجر ويقاطعه فدفع اليه
ثوبا في هذه النوبة ولم يقاطعه فقصره فله اجر مثل عمله فيجعل الدفع المطلق بناء
على المعاملة السابقة فالعرف يثبت الرجوع عنه وعلى قول محمد رحمه الله ان الحد كان
انتصب لعمل القصارة بالاجر يجب الاجر والا فلا ... شيخ الاسلام رحمه الله وعليه
الفتوى وفي الكافي القول قول المنكر للاجارة لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد بخلاف
... الى الاخر عينا ثم اختلفا فقال الدافع قرض وقال الاخر هبة يعني كان
القول قول من يدعي القرض لان العين متقوم بنفسه والاخذ يدعي الابراء عن قيمته
والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق ونظيره هذا دار في
يد رجل يزعم انه ملكه فالقول قوله وان كان غيره يدعيه ولا يرجع من يده بغير حجة
... فاراد ان ياخذها بالشفعة فقال المشتري ان تلك الدار ليست
له ملكا وانما تسكنها باجارة او عارية فلا شفعة لك فقال ذو اليد الدار ملكي ولا حق
لاحد فيها في الشفعة فانه لا يملك الاخذ بالشفعة حتى يثبت ملكه في هذه الدار التي يشفع
ان الملك وان كان ثابتا له في الظاهر اليد ولكن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق
وحاجته الى الاستحقاق لما في يد المشتري بالشفعة فلا يملك من طريق الظاهر بدون
الحجة كذا هنا كذا في ادب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله تعالى والله اعلم بالصواب

فتاخر هذا الباب ظاهر المناسبة لان فسخ العقد بعيب العقد لا محالة يوجد بها عيناه
يضر بالسكنى واما قيد بالاضرار لانه اذا كان عيبا ولكن لا يضر بالسكنى نحو ما اذا كان في
الدار حائط للجمال لكن لا ينتفع به في سكناها وسقط ذلك الحائط لم يكن له ولاية الفسخ لان
المعقود عليه المنفعة فاذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت الخيار ولذا لو كان المستاجر عبدا
للخدمة فذهب وسقط شعره او ذهب احدى عينيه وذلك لا يضره في الخدمة لم يثبت له
الخيار كذا في الايضاح وانما يوجد شيئا فشيئا وكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب
الخيار كما في البيع وبهذا ايدفع شبهة ترد على الاجارة من جانب البيع وهي ان يقال ان عقد
الاجارة عقد لازم كالبيع ثم ان العيب اذا حدث في المبيع بعد ما قبضه المشتري ليس له
ان يرده فكان ينبغي ان لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الاجارة ايضا والحكم
للمستاجر ان يفسخ الاجارة بسبب العيب الحادث فاجاب عنه بهذا وتغيير الجواب بعبارتهما
مختلفتان صورة ولكن متفقان معنى وهو ان العيب في الاجارة وان كان بعد القبض
صورة وهو قبل القبض معنى لما ان المنافع فيها وهي المعقود عليها توجد شيئا فشيئا فكان
العيب الحادث فيها وان كان بعد قبض الدار فهو قبل قبض المعقود عليه الذي لم يوجد بعد
فكان هذا عيبا حادثا بعد العقد قبل القبض وانه يوجب الخيار في البيع وكذلك في الاجارة
وذكر هذا المعنى في شرح الطحاوي رحمه الله على وجه الفرق وقال ولو حدث عيب
بعد ما عقد عقد الاجارة فانه يرده به ايضا بخلاف البيع فان البيع اذا حدث به عيب
بعد القبض فليس له ان يرده به والفرق بينهما ان عقد الاجارة عقد يرد على المنفعة
فاذا حدث العيب قبل استيفاء المنفعة فكانه حدث بعد العقد قبل القبض وفي المبيع
اذا حدث بعد العقد قبل القبض فانه يرده به كذلك ها هنا ومن اصحابنا رحمهم الله من
قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها وذكر في الذخيرة واذا
انقطع الماء عن الرحى وقد قبض المستاجر الرحى مستاجرة كل شهر باجر مسمى فانقطع الماء عنها
في بعض الشهر فلم يعد له لا استاجر الخيار هكذا ذكره في الاصل وهذا يقتضي ان الاجارة لا تنفسخ
بانقطاع الماء عن الرحى لان المعقود عليه وهو منفعة الطحن وان فاتت قبل القبض الا ان
العود موهوم ومثله لا يوجب انفساخ العقد بل يثبت الخيار للعاقد كالعبد المستاجر اذا ابق
في مدة الخيار فان لم يفسخ حتى عاد الماء لزمه الاجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ
ويرفع عنه الاجر بحساب ذلك اي بحساب ما انقطع من الماء في الشهر حتى اذا انقطع الماء عشرة ايام
سقط الاجر حصة عشرة ايام من الشهر وذلك ثلث المسمى وقال في الاصل الماء اذا انقطع
الشهر كله ولم يفسخها المستاجر حتى مضى الشهر فلا اجر عليه في ذلك فاذا انتقص الماء من
الرحى فان كان النقصان فاحشا فللمستاجر حق الفسخ وان كان غير فاحش فليس له حق الفسخ لان
مدة الاجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبا ولا تخلو عن نقصان فاحش غالبا قال
القدوري في شرحه اذا صار يطحن اقل من نصف طحنه فهو نقصان فاحش وعن محمد رحمه
الله ان الاجر لو بناها فليس للمستاجر ان يمتنع اي فيما اذا اخربت الدار لو بناها الاجر ليس
للمستاجر ان يمتنع عن استدامة عقد الاجارة وذكر في الذخيرة هذا فصل اختلف اصحابنا
فيه بعضهم قالوا ينفسخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى وانقطاع الشرب عن
الارض اذا لم يمكنه ان يزرع واستدل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت
الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا فهذا اشارة الى ان
عقد الاجارة تنفسخ بانهدام الدار لانه لو لم تنفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار ومنهم
من قال لا ينفسخ العقد بانهدام الدار وبه كان يفتي شمس الائمة وشيخ الاسلام رحمهما الله ولكن
يثبت للمستاجر حق الفسخ بعيبة الاجر واستدل هذا القائل بما روي عن هشام عن محمد رحمه
الله فيمن استاجر فانهدم فبناه الاجر فليس للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر وفيه اشارة الى
ان العقد لا ينفسخ بانهدام الدار وهذا لان المنفعة غير فائتة من كل وجه فان الانتفاع بالعرصة

بلى

بلى من وجه بان يضرب خيمة فيها او ان فاتت المنفعة من كل وجه الا انها ما فاتت
على سبيل التابيد انما فاتت على وجه يحتمل العود فاشبه اباق العبد المستاجر وذلك
لا يوجب انفساخ العقد وفي نصف اجارات الاصل في باب الرحى ان الاجارة في الرحى لا تنفسخ
بانقطاع الماء عنها وفي فتاوى الفضلي رحمه الله المواجر اذا نقض الدار المستاجرة بغير رضا المستاجر
او بعذر رضاه لا تنتقض الاجارة بل يسقط الاجر عن المستاجر كما لو امست الدار في يد الغاصب
ومن المشايخ رحمهم الله من قال انه ينفسخ العقد بانهدام الدار ثم يعود بالبناء ومثل هذا
جائز الا ترى ان الشاة المبيعة اذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد ثم اذا دبغ جلدها يعود العقد
بقدره كذا ها هنا وان بنى المواجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستاجر ان يفسخ العقد ان شاء هكذا ذكر
الزوائد وهو يحقق رواية هشام عن محمد رحمهما الله ووجه هذه الرواية ان التغير قائم في
ان الدار اذا كانت جديدة تكون ابرد في بعض الاوقات واحر في بعضها وقال محمد رحمه الله في
السفينة المستاجرة اذا انتقضت وصارت الواحا ثم ركبت واعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها
الى المستاجر قال محمد رحمه الله لا يشبه هذه الدار لان السفينة بعد النقض اذا اعيدت صارت
سفينة اخرى الا ترى ان من غصب من اخر الواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فاما عرصة
الدار تعتبر بالبناء عليها واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت
قال قلت هذا الذي ذكر ينتقض طردا وعكسا اما الطرد فانه اذا استاجر دابة
الى مكان مسمى فمات صاحب الدابة في وسط الطريق كان للمستكري ان يركب الدابة الى المكان دين
المسمى بالاجر وكذلك اذا استاجر ارضا للزراعة فزرعها ثم مات لا تنتقض الاجارة ما بقي الزرع
بقلا وجد موت احد المتعاقدين بدون ان لا ينفسخ لنفسه ولم تنفسخ الاجارة فانتقض طرد المسألة
واما عكسها ففي صورة موت الوكيل في الاجارة فانه لو مات الموكل ينفسخ عقد الاجارة مع ان
في المسألة لا انفساخ عقد الاجارة بموت احد المتعاقدين بدون ان لا ينفسخ عند موت غير المتعاقد
والموكل غير المتعاقدين ومع ذلك ينفسخ عقد الاجارة بموته وفي المسائل في الذخيرة وفتاوى قاضي خان
رحمه الله فلينتقض عكس المسألة قلت اما الاولى فانما لا تنتقض الاجارة بموت صاحب الدابة
لان الحال حال الضرورة والعذر والاجارة تنعقد ابتداء بالعذر فان من استاجر سفينة شهرا
لقطع المدة والمستاجر في بعض البحر فانه تنعقد بينهما اجارة مبتداة فلان تبقى حالة الضرورة
والعذر بالطريق الاولى ومواضع الضرورة والاعذار مستثناة عن الاصول وبيان العذر انه
خاف على نفسه وماله لانه لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر
اليه فيوجد الدابة منه حتى قال مشايخنا رحمهم الله لو وجد دابة اخرى ثمة يحمل عليها متاعه ينقض
الاجارة وكذا لو كان الموت في موضع ثمة قاض ينقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود
ما ينافي البقاء وهو موت المواجر وكذلك الجواب عن فصل الارض المزروعة انما بقي عقد
الاجارة في جواب الاستحسان للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة تعتبر لاثبات عقد
الاجارة ابتداء حتى اذا انقضت المدة والزرع بقل يعقد بينهما عقد الاجارة الى وقت الادراك
لدفع الضرر فلان يجوز ابقاء العقد لدفع الضرر اولى والمحسن بن العباس لا يؤيد نقضا على العباس
لذا في المبسوط والذخيرة واما ما ادعيته من الايراد لان تقييد انفساخ العقد بموت احد المتعاقدين
يدون ان لا ينفسخ عند موت غير المتعاقدين فنعم كذلك الا ان ذلك الغير يجب ان يكون غير الموكل
وذلك لان المعنى الموجب لانفساخ العقد عند موت احد المتعاقدين اذا كان العقد لنفسهما موجود
ها هنا وهو ثبات عقد الاجارة لغير من وقع له عقد الاجارة وذلك لا يجوز وذكر في الذخيرة كل
من وقع له الاجارة اذا مات تنفسخ الاجارة بموته ومن لم يقع له العقد لم ينفسخ بموته وان كان
عاقدا كالوكيل والاب والوصي وهذا لان موت من وقع له العقد انما يوجب انفساخ العقد لانا لو ابقينا
العقد بعد موته موجبا للاستحقاق عليه واذا مات وتحت الملك للوارث لو بقينا العقد بعد موته
يكون الاستحقاق واقعا على الوارث فيكون خلاف ما وقع عليه العقد ابتداء اما اذا لم يقع له
العقد لو بقينا العقد بعد موته يكون الاستحقاق على وفاق ما وجد العقد لان المستحق عليه قائم

وكذا المستحق من انفساخ عقد الاجارة عند موت احد المتعاقدين مذهبنا خلافا للشافعي
رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله لا تنتقض بموتهما ولا بموت احدهما الا ان تحصله واصل وهي
ما اذا اشترط على الخياط ان يخيط بنفسه فمات الخياط وهو بناء على اصله ان المنافع جعلت كالاعيان
القائمة من العقد على العين لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذلك العقد على المنافع وهذا لانها
لما جعلت كالعين وجد من الاستحقاق في الكل وموت المستاجر لا يعتبر ذلك لان وارثه يخلفه فيما كان
مستحقا له ولنا طريقان احدهما في موت المواجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على
ملك المواجر وقد فات ذلك بموته وتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه وبيان ذلك ان رقبة
الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد بحسب
المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق
الاخر في موت المستاجر انه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة
المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد ثبت
ان المستعير مالك للمنفعة وفي حكم التوريث لا فرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين
ولهذا قلنا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لا تورث والدليل عليه
انه لو اوصى برقبة عبده لانسان وبخدمته لآخر فرد الموصى له بالخدمة الوصية كانت
الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوراثة
خلافة فلا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه
الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث
بعده لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا انتفى الارث
تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط
لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز اي لان الملك ما يورث فيما سبقت فيه الارث اما
ملك الارث بطريق الانتقال من المورث الى الوارث وذلك لا يتصور في المنفعة والاجرة
المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بذلك يصير ملك الوارث
مستحقا بالعقد على الوارث في المنافع فهو لا يجوز لان استحقاق الشيء على الغير انما يكون
فيما يبقى كالعين او كما في الاعيان لا في المنافع **فان قيل** لما كانت الاجارة تتجدد بحسب
المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان يعمل اجازة الوارث فيه لان العين الذي
تحدث منه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي **قلنا** انما يعمل اجازته لانه
لم يتوقف على حقه عند العقد فلا يتوقف على اجازته والفقه فيه ما بينا ان الوارث
انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في اقواله ولا في العقود التي عقدها لنفسه وعليه
كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم او وكل رجلا ببيع ماله ولم يبق حتى مات الموكل ان
الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسالتين لما قلنا انه لا يقوم مقامه في الاقوال
وهذا بخلاف النكاح حيث لا يبطل نكاح امته بموت المولى لان ملك النكاح في حكم ملك العين
فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق ما بقي حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح
اليه هذا اشار في المبسوط والاسرار ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله
لا يصح صورته ما ذكره في المبسوط فقال رجل تكارى دارا سنة على انه بالخيار ثلاثة ايام
فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز بناء على الاصل الذي بينا ان جواز الاجارة
بطريق ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة واما بيان ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد
وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين يسقط الخيار وان جعل ابتداء المدة
من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن لان الخيار مشروط للفسخ ولا بد من ان يتمكن
من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ وحجتنا فيه انه عقد معاوضة مال
بمال يحتمل الخيار فيه كالبيع وتاثيره انه لما كان المعقود بالعقد المال ولا بد يعني به ان
يروي المرء النظر فيه فيحتاج الى شرط الخيار فيه ليدفع الغبن عن نفسه والاجارة في هذا

كالبيع

الا يرى انه في الرد بالعيب يحمل كالبيع فكذلك في الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالاقالة
البيع والعقد لو وجه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم ان كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل
في ضمان المستاجر الا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك يتلف لا في ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وان
بالاستيفاء سقط خيارهان عندنا **قوله** رحمه الله ولو كان للمواجر ان يطالبه بالتسليم ايضا لان المستاجر
استاجره دارا هذا الشهر مثلا فلا يجب على المواجر التسليم شهرا كاملا له فلما مضى بعض الشهر لا يمكنه
التسليم على الكمال ولنا انه عقد معاملة هذا احتراز عن النكاح لان مطلق المعاملة ينصرف
الى المعاوضات وفي بعض النسخ انه عقد معاوضة مقابلة اي معاوضة لان فيها تقابل العوض
واما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود ولا يكون من باب المعاوضة والمقابلة لا يستحق القبض
فيه في المجلس احترازا عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط في المجلس فلم يخرج فيه شرط
الخيار وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه اي فوات بعض المعقود
عليه في الاجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع
الرد بخيار العيب والشرط لما ان التكليف انما شرع بحسب الوسع والطاقة عن التمكن في
رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه في البيع بمنع الرد بخيار
العيب للرد لامكانه ولم يشترط في الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى انه اذا اشترى شيئا ولم
يعلم بانه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود
عليه بالعيب الحادث فيشترط فيه دونه اي يشترط رد الكل في العقد لامكانه لا في عقد الاجارة
لعدم امكانه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اي عندنا خلافا للشافعي رحمه الله اذا سلم المواجر
بعدما مضى بعض المدة اي مدة الاجارة لان تسليم الكل كما هو غير ممكن في الاجارة وعلى هذا الاصل
ما ذكره في المبسوط بقوله واذا استاجر دارا سنة وسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب
التسليم او لم يطلب ثم خاصمه لم يكن للمستاجر ان يمتنع من القبض فيما بقي من السنة عندنا وللمواجر ان جر
منعه من ذلك وقال الامام الشافعي رحمه الله ان يفسخ العقد فيما بقي وهو بناء على الاصل
الذي بينا ان عندنا المنافع في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعضها تناوله العقد قبل
القبض يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ
كالمشتري شيئين يهلك احدهما قبل القبض وعندنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة
يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة فلا يكون تفرق الصفقة ثم تفرق المعقود
فوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر في عقد آخر بخلاف البيع يوضحه انه لو استاجر دارين
فسقطت احداهما بعد قبضهما لا يتخير في الاخرى والمنافع بعض الدار لم يدخل في ضمانه
تفرقت الصفقة عليه قبل التمام لان تمام الصفقة بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع
ثبت فيه حق الفسخ ولذلك اذا كان الانهدام قبل القبض وتفسخ الاجارة بالاعذار عند ما
الشافعي رحمه الله لا يفسخ اي بعذر ولغير عذر وانما يفسخ بعيب كما في البيع وعند شريح رحمه الله
يفسخ بعذر ولغير عذر حتى روي انه خاصم اليه رجل فقال قد اجرته دخل بيتا فالقى اليه مفتاحه
وسط النهر فقال شريح هو بري من البيت فان عقد الاجارة لا يتعلق بها اللزوم ولكل
منهما ان يفسخه لانه عقد على المعدوم كالعارية وانما جاز للحاجة والحاجة الى صحته
ولسنا ناخذ بهذا لانها معاوضة فيجب النظر للجانبين والا تنظر بدون صفة اللزوم
ما قاله الشافعي رحمه الله على مقابلة ما قاله شريح رحمه الله ونحن فصلنا بينهما فان
رحمه الله اخذ بمذهب شريح رحمه الله من وجه وقال ان القى اليه المفتاح لعذر له فهو
من البيت والعذر ان يريد سفرا او يمرض فيقوم من البيت او يفلس فيقوم من السوق
وهذا العقد العذر ناشئ من مقابلة الضعف والشافعي رحمه الله حمله في مقابلة القوة
هذا العقد دليل القوة والضعف فيجب العمل بهما وذلك لان العقد عقد معاوضة وهو
ويعدم ما يضاف اليه دليل ضعفه وقد تجاذبه الدليلان فوجب حطه عليهما
دليل القوة قلنا لا يفسخ بغير عذر ولدليل الضعف قلنا يفسخ بعذر عملا بهما بقدر الامكان

ولان معنى النظر للجانبين مما يتحقق لانه عند الفسخ بعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه وعند
الفسخ بغير عذر بقصد الاضرار بالغير فكان النظر للجانبين فيما قلنا كذا ذكره الامام المحبوبي
رحمه الله اذ المعنى وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به فان
عندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى
الضرر اخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة
في حق المعقود عليه والاجارة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية كذا في
المبسوط انه فصل مجتهد فيه لان فيه خلاف الشافعي رحمه الله على ما ذكرنا ومنهم من وفق
فقال اذا كان العذر ظاهرا بان بانت المراة او اختلعت فيما اذا استاجرها لتطبخ طعام الوليمة
او مات الولد اذا استاجر الختان لختنه ونحمل الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله ما ذكر
في الزيادات اصح وقال في اجارات المبسوط في باب اسقاط من الاجارة وليس للمستاجر ان يفسخ
البيع وان كان على المواجر دين يحبس في دينه باعه لان عليه في ابقاء العقد ضررا لم يلتزم
ذلك بالعقد وهو الحبس الى سقوط حق المستاجر عن العين ثم قال وظاهر ما يقول
هاهنا يدل على انه ينفرد بنفسه بفسخ وقد ذكر في الزيادات انه يرفع الامر الى القاضي
كالرجوع في الهبة ويحمل الامام قاضي خان رحمه الله والمحبوبي قول من يوفق اصح فقال
واذا تحقق العذر ومست الحاجة الى النقض هل ينفرد صاحب العذر بالنقض او يحتاج الى
القضاء او الرضا اختلفت الروايات فيه والصحيح ان العذر اذا كان ظاهرا ينفرد وان كان
مشتبها لا ينفرد ثم اذا اراد القاضي فسخ الاجارة لاجل الدين اختلفوا فيه قال بعضهم يبيع
الدار اولا فيعقد بيعه فيفسخ الاجارة ضمنا لبيعه وقال بعضهم يفسخ الاجارة اولا ثم
يبيع ولو اظهر المستاجر في الدار شيئا من اعمال الشر كشرب الخمر واكل الربوا والزنا واللواطة
فانه يومر بالمعروف وليس للموجر ولا للجيران ان يخرجوه من الدار وفي الذخيرة فان صاحب
الدار يمنع المستاجر عن ذلك بطريق الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ولكن لا يصير عذرا
في فسخ الاجارة قال بدا له في هذا الامر بداء اي نشا له فيه راي وهو ذو بدوات
وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر الى اخره وروى بشر عن ابي يوسف رحمه الله انه قال
اذا امتنع رب الدابة من الخروج فهذا لا يكون عذرا له وان مرض فهو عذر له لانه يقول
غيري لا يشفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامي واذا تعذر عليه الخروج للمرض لحقه
في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد ولو مرض المواجر اي المكاري والمسالة التي قبل
هذا في بدا المكاري وهنا في مرضه فعلى رواية الاصل لا فرق بينهما في انهما لا يعذران
وعلى رواية الكرخي فرق اذا مرض المكاري يعذر وبمجرد البدا لا يعذر وهذا التفصيل
موافق لما روى بشر عن ابي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا من رواية المبسوط ومن اجر عبده
ثم باعه فليس بعذر اي بيعه ليس بعذر في فسخ الاجارة لانه لا ضرر عليه في ابقاء العقد الا
ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستاجر الى انتهاء المدة فان
مع هذا هل يجوز اختلف الفاظ الروايات فيه قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح
اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس
للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد رحمه الله حتى قالوا لو استقبل نقضه عن
بيع المستاجر فحكم بنقض امام الفسخ مكتب في جوابه في حق المستاجر لا ولو جاز بعد الفسخ بعد
مدة الاجارة بفسخ الاجارة وفي الصحيح من الجواب وللمستاجر حق الحبس لاستيفاء الاجرة ولهذا
اذا لم يكن له عذر في المبيع وان كان على المواجر دين يحبس في دينه فباعه فهذا عذر لان عليه
في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد وهو الحبس في المحبس الى وقت سقوط حق المستاجر
فيكون عذرا في الفسخ لدفع الضرر عن نفسه اليه اشار رسول الله عليه الصلوة والسلام في
اذا استقبلك بلاء فقدم مالك دون نفسك فان قيل ينبغي ان لا يحبسه القاضي اذا اعلم ان
حق المستاجر يتعلق بماله بل يوخر الحبس الى ان ينقضي الاجارة قلنا القاضي لا يصدقه و

لا يصدقه في انه لا وفا له الا من ثمن المستاجر فيحبسه لهذا كذا في الذخيرة والجامع الصغير
للامام المحبوبي رحمه الله واذا استاجر الخياط غلاما اي ليخيط معه فافلس الخياط كذا في
الذخيرة ولا يتحقق الافلاس فيه علم بهذا ان المراد من افلاس الخياط هو الخياط الذي يعمل بنفسه
حيث يحتاج فيه الى الثياب ليخيطها ونسبها على ان الخياط الذي يعمل بالاجر فيه يتحقق
الافلاس بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او لحقه دين كثير
ويصير بحال ان الناس لا يامنون على امتعتهم كذا في الذخيرة ومن استاجر غلاما ليخدمه في المصر
ثم سافر فهو عذر وان قال المواجر للقاضي انه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الاجارة وقال
المستاجر انا اريد السفر فالقاضي يقول للمستاجر مع من تخرج فاذا قال مع فلان وفلان فالقاضي
يسالهم ان فلانا هل يخرج معكم وهل استعد للخروج فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا
وهذا لان الخروج لا بد له من الاستعداد قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له
عدة وبعض مشايخنا رحمهم الله القاضي يحكم زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب سفر فيجعله
مسافرا وهذا لان الزي والسيما له حجة تحت الظاهر عند اشتباه الحال وبعضهم قالوا اذا انكر
المواجر السفر فالقول قوله وبعضهم قالوا القاضي يحلف المستاجر بالله انك عزمت السفر
واليه مال الكرخي والقدوري وكذلك لو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله انك قد خرجت قاصدا
الى الموضع الذي ذكرت ولو اراد رب العبد ان يسافر فهذا لا يكون له عذرا ذلك في فسخ الاجارة
لانه يمكنه ابقاء المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج الى السفر ويخلي
بين المستاجر وبين الاجارة والعبد كذا في الذخيرة مسائل منثورة حصد الزرع
جزه من باب طلب وضرب وحصائد الزرع جمع حصيدة وحصيد وهما الزرع المحصود واريد
هنا ما بقي في الارض من اصول القصب المحصود كذا في المغرب لانه غير متعد في هذا التسبيب
انه حمل الشرط على وجه التعدي وتحصل الشرط اذا لم يكن متعديا لا يكون ضامنا كمن حفر
بيرا في دار نفسه فوقع فيها انسان فمات حتى لو كان متعديا بان سقاه سقيا لا تحتمله الارض
يتعدى الى ارض جاره ضمن لانه لم يكن منتفعا بملكه فيما فعل بل كان متعديا وفي جامع التمرتاشي
اخرج الحداد الحديد من الكير وذلك في حانوته ووضعه على علاته وضربه بطرفه فخرج شررها
الى الطريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضرب لكن اخرج الريح شررها فاحرق شيئا
لم يضمن كذا ذكره الامام قاضي خان والتمرتاشي رحمهما الله وقيل هذا اذا كانت الريح هادنة
بالنون من هدن اي سكن وفي نسخة هادية من هدا بالهمز اي سكن وهذا القول الذي ذكره
من تفصيل الهادية والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله اما اقعد الخياط او الصباغ
من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز وصورة المسالة اذا كان للقصار او للصباغ
دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه
رجلا حاذقا ليتقبل ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من
شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لان راس مال صاحب الدكان المنفعة والمنافع
لا تصلح راس مال للشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف
وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من العمل كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل
هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا والطحاوي
رحمه الله اخذ في هذه المسالة بالقياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وفي الاستحسان
يجوز هنا لان هذا شركة التقبل في الابدان العمل بابدانهما سوا فيصير راس المال لاحدهما
التقبل وراس مال الاخر العمل وكل واحد منهما يستحق الاجر بحيازته فان قيل ان صحته
تكون لانها شرط الخارج ان يكون الخارج من عمل التلميذ بينهما على الشركة ولا صحة لذلك
الا بعد اثبات الشركة في التقبل فيثبت الشركة في التقبل اقتضا اذ ليس في كلامهما الا
تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما وراه فامكننا
اثبات الشركة في التقبل اقتضا فكانهما اشتركا في التقبل ولو صرحا بشركة التقبل وقبل

احدهما وعمل الآخر يجوز فكذا هنا لان في شركة التقبل في العمل اذا غاب احدهما او مرض ولم يعمل
وعمل الآخر فالاجر بينهما لان الاجر بالتقبل وقد استويا فيه فكذا هنا لان في شركة التقبل في العمل
اذا غاب احدهما او مرض ولم يعمل وعمل الآخر فالاجر بينهما لان الاجر بالتقبل وقد استويا
فيه فكذا هنا كذا في الجامع الصغير للامام التمرتاشي والمحبوبي الوطنا بشروحه لحسن زاده والنار
خاصه كذا في خاصه بكر ... كذا في حاشية تاج الاسلام وزاد الزاد معنا د عند البعض
هذا جواب اشكال يقرر وهو ان يقال مطلق العقد يحمل على العادة وفي عادة المسافرين
انهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئا هكذا فقال في جوابه العرف مشترك فانه معتاد عند
البعض هذا جواب اشكال مقدر فكان الحمل بالاطلاق اولى وهو ان المكاري يحمل الحمل المسمى
من موضع الى موضع وانما يكون ذلك برده كما نقص من الزاد لان ذلك عادة عند البعض وعندهم
ويصرف المطلق الى المتعارف وهذا السؤال والجواب بمعناه ذكره في شرح الاقطع وقال وان
استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل وقال
بعض اصحاب الشافعي رحمه الله لا يستبدل ولنا انه استحق عليه حمل قدر من الزاد فاذا كان
نقص كان له ان يبدله كالماء ولان كان شرط حمله ورطلا فاذا نقص له رد مثل اصل المتاع **فان قيل**
مطلق العقد يحمل على العرف اصله نقد البلد والعرف انهم يأكلون ولا يردون بدله
ولا يشربون الماء ويردون بدله فيحمل العقد على المعتاد **قلنا** له اذا شرط اقلا وزنا معلوما
فلم يطلق العقد على سوى المقصود عليه مع هذه العادة منقسمة فمنهم من لا يردون ومنهم من يردون
فلم يصح الرجوع الى العادة مع الاشتباه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب المكاتب

اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به
المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول ويطرين
الاقالة وهذا او فق الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق وقدم الاجارة لانه اشبه
لعقد البيع من حيث التمليك والشرائط وجريانه في غير المولى وعبده فلما قدم البيوع وما
يتبعها قدم ايضا ما يشبهها ثم من محاسن عقد الكتابة ان كل واحد من المولى والعبد
يصل في الحال بموجب العقد الى سماه من امور العاجلة ويبتغاه من امور الآجلة فان
المولى يحوز بدل الكتابة بالارقاق وذلك يحرز ثواب الاعتاق وذلك العبد كما ينال
شرف الحرية الدنيوية لكى يبلغ الى اكتساب اسباب السعادة الاخروية على وجه
يسعى به في بعض تحمل المنة ويتصون به عما يوجب ضعف المنة فان العبد يظن انه عتق
نفسه مع ان المولى يصل الى ثواب عتقه ولهذا كان الولاء للمولى وان يحصل العتق باداء
حطام من الدنيا ومن محاسنه ايضا الاستنان بسنة ما عامل الله تعالى به عباده فان
الخلق كلهم عبيد الله واماؤه لكن اعطاهم من حرية اليد والملك الظاهر بقدر ما يسعى بها
فكاك رقبتهم فان كل واحد منا رهين كسبه قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة
وهو يسعى في خلاص نفسه ويبذل كتابته الوفاء بعهد الله تعالى بامتثال اوامره والانزجار
عن نواهيه والثبات على العبادة والايمان واليقين قال الله تعالى واعبد ربك حتى
يأتيك اليقين فعند ذلك يحاله وفاء بدل الكتابة من وفى بعهده فقد ادى بدل كتابته
واستحق الخلاص ومن لم يف بذلك عاد الى ما به لم يزل في الناس وكذلك هاهنا اب
نفس العقد كسبه لمولاه ثم يحصل مولاه حيا عتقه ويملكه عليه مثل المال حق في عتاقه
فنرجو من الله الكريم ان يتساهل بنا فيما عاملنا ويبدل الكتابة ويجعلنا من الذين اوفوا
بعهودهم ووصلوا الى ما اعد الله من الكرامات العلية بعهودهم فان حكما من احكامه في بدل
الكتابة نعومة وجاثا عبد وذلك ان من قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر فانه يبيعه العبد
ويسعى في تحصيل الالف على ما امره المولى به واتى به الى المولى فالمتبرع احد المولى فاسلا

لا انى به وحكم بحرية العبد حتى لو رده المولى وقال لا اقبل لا يعتبر رده ولما حصل الله عنه قابلا
يسعى ملكه له كيلا يخيب في سعيه مع لوحه ونقصانه كان الله تعالى ان يقبل ولا يخيب عبده
مع كرمه كال رحمانه حتى يوافق حكمه مع عباده حكمه الذي شرع بين عباده فان فضل الله تعالى
ورحمته هو المرجو منه وكرمه الواسع هو المرغوب فيه ثم يحتاج هاهنا الى معرفة سبعة اشياء
معرفة معنى الكتابة لغة وشرعا وسببها وركنها وشرطها وحكمها والفاظها اما اللغة فان
مدار التركيب دال على الجمع والضم ومنه كتبت البغلة والقربة اي خرزتها والكتب الخرز الواحد
كتبة ومنه نقل الكتابة لما فيه من جمع الحروف والكتائب والكتيبة للجيش لانضمام البعض الى البعض
واما شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او بلفظ يؤدي معناه من كل
وجه على مال يجب على اداء العبد ما لا يجعلونه مقابلة عتق يحصل له عند ادائه **فان قيل**
اذا علق المولى عتقه باداء المال يحصل له العتق عند ادائه فعلى هذا لا يبقى الفرق بين
الكتابة وتعليق العتق بالمال **قلنا** وقع الاحتراز عن التعليق بقولنا فانه عبارة
عن عقد بين المولى وعبده وهو عبارة عن الايجاب والقبول وذلك غير مشروط في التعليق
فان التعليق يتم بالمولى بخلاف الكتابة فانها عقد معاوضة ولا بد من الايجاب والقبول
فيهما وكذلك وقع الاحتراز عن الاعتاق على مال بقولنا بلفظ الكتابة او بلفظ يؤدي معناه
من كل وجه فان الاعتاق على مال يحصل بقوله اعتقتك على الف درهم وقبل العبد كان
اعتاقا على مال ولا يكون كتابة **فان قيل** ما الفرق بين الاعتاق على مال والكتابة
من حيث الحكم فانهما يتشابهان فان في كل منهما حصول المال للمولى مقابلة حصول العتق للعبد
قلت الفرق بينهما هو ان عقد الكتابة هو عقد معاوضة يقال ويفسخ ولا يملك
المولى فسخه بخلاف الاعتاق على مال فان ذلك يتم بالاعتاق من جانب المولى حتى ان المكاتب
يملك كتابة عبده ولا يملك الاعتاق على مال ذكره في المبسوط وهذا فرق ظاهر يعرف معنى الضم
مراعى لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة فان العبد يصير حرا يدا في الحال ثم ينضم
الى هذه الحرية الرقبة عند اداء بدل الكتابة او فيه ضم المولى العبد الى نفسه في اثبات
صفة المالكية له يدا فان العبد بعقد الكتابة صار مالكا لنفسه وكسبه يدا حتى يختص بالتصرف
في نفسه وكسبه واما سببها فهو الرغبة الباعثة للمولى والعبد على معناهما الذي ذكرناه
عند ذكر المحاسن من نيل المولى بدل الكتابة والعبد شرف الحرية واما ركنها فالايجاب
والقبول واما شرطها على الخصوص فقيام الرق في المحل وكون المسمى معلوم القدر والجنس
ايضا الا انه ليس من شرطها على الخصوص واما كون بدلها منجما او مؤجلا ليس بشرط عندنا
واما حكمها من جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت حرية اليد حتى يصير العبد احق بمنافعه
ورقبته ويذهب للتجارة حيث شاء ولهذا لا يملك المولى منعه عن السفر حتى لو شرط عليه
الا يخرج من البلد كان باطلا لان حكم العقد ما ثبت بالعقد المطلق وهذا الحكم ثبت به
مطلق العقد فكان حكمه وحكمها في الثاني ثبوت حرية الرقبة اذا ادى بدل الكتابة حتى ان
المكاتب يعتق عند اداء بدل الكتابة سواء قال له المولى في عقد الكتابة على انك ان اديت
كذا فانت حر او لم يقل ذلك واقتصر على قوله كاتبتك واما من جانب المولى فحكمها في الحال
ثبوت ولاية المطالبة للمولى ببدل الكتابة وفي الثاني حقيقة الملك في البدل اذا قبضه واما
الفاظها فقد قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير رجل قال لعبده قد جعلت عليك الفا
تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر فان عجزت فانت رقيق فهو
مكاتب وفي الزيادات لو قال لعبده اد الي الف درهم كل شهر مائة وانت حر فقال هذا مكاتب
وهذا جائز كما لو قال لعبده اد الي الف درهم وهذا العبد لا يكون مكاتبا ولو قال لعبده قد
كاتبتك على مائة دينار درهم فقال قبلت الاول له ذلك ولو قال قبلت ولم يبين فهو على الاول
لان في الدخين والمعنى وغيرهما وقوله واما هو امر ندب هو الصحيح هذا احتراز عن قول
اخرين احدهما قول داود ومن تابعه فانهم يقولون اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه وقد

بم المولى عنه خيرا يجب عليه ان يكاتبه لان الامر وهو قوله فكاتبوهم يفيد الوجوب والثاني
قول بعض مشايخنا فانهم يقولون هذا الامر وهو قوله فكاتبوهم لبيان الاباحة لا للندب كقوله
تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا امر كورد على وفاق العادة فالعادة
ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وانا نقول هذا ضعيف فانه اذا حمل على هذا لم يبق مفيدا
شيئا وكلام الله تعالى منزه عن هذا ولكنا نقول الامر للندب والاباحة ثابتة
بدون هذا الشرط والندب متعلق بهذا الشرط فانما يندب المولى الى مكاتبته اذا علم فيه خيرا
كذا في المبسوط وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم اي وفي وقت عتق العبد اختلاف الفقهاء
فان الصحابة اختلفوا في ان المكاتب متى يعتق فكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول كما اخذ الصحيفة
من مولاه يعتق يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب فكانه جعل الكتابة واردة
على الرقبة كالعتق بجعل فانه يعتق بالقبول وهو غريم للمولى بما عليه من بدل الكتابة وكان
ابن مسعود رضي الله عنه يقول اذا ادى قيمة نفسه يعتق وهو غريم للمولى بما عليه من
بدل الكتابة في الفضل فكانه اعتبر وصول قدر مالية الرقبة الى المولى ليندفع الضرر عنه وكان
علي رضي الله عنه يقول يعتق بقدر ما ادى فكانه يعتبر البعض بالكل وهو بناء على قوله
يتجزى العتق من عبد ما شاء وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول هو عبد ما بقي عليه
درهم وبه اخذ جمهور الفقهاء وقالوا لا يعتق ما لم يؤد جميع البدل والدليل عليه ما ذكره
من الحديث واما المعنى فيه فهو ان موجب العقد مالكية اليد في حق المكاتب والمنافع للمكاتب
فانه كان مملوكا يدا او رقبة فهو بعقد الكتابة ثبت له مالكية اليد بعوض لان مالكية
اليد في حق المكاتب والمنافع للمكاتب فان كان مملوكا يدا ورقبة فهو بعقد الكتابة
ثبت له مالكية اليد من كرامات بني ادم وهو بسيم الرق اهل لبعض الكرامات الا ترى انه
اهل لمالكية النكاح ومالكية اليد تنفصل عن مالكية الرقبة الا ترى ان الراهن ثبت
للمرتهن ملك اليد وان الغاصب يثبت له ملك اليد فلذلك بالكتابة ثبت له مالكية
اليد فاما العتق فيتعلق بشرط الاداء والشرط يقابل المشروط جملة ولا ينقسم عليه اجزاء
لان ثبوت الحكم عند وجود الشرط بطريق ثبوت الحكم بالعلة فلهذا لا يعتق ما
لم يؤد جميع البدل كذا في المبسوط ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت
حر وقال الشافعي رحمه الله لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديت الي فانت
حر وحاصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا هو الجمع بين حرية
اليد الى حرية الرقبة عند اداء بدل الكتابة لا ضم النجم الى النجم وعند الشافعي رحمه الله
تفسيرها مولى الجمع بين حرية اليد الى حرية الرقبة عند اداء البدل الكتابة لا ضم النجم الى النجم
وعند الشافعي رحمه الله تفسيرها شرعا ضم النجم الى النجم لا ضم حرية الى حرية فيجعل كالمنصوص
ولو نص عليه فيه لا يعتق ولو قال صرت عليك الفا على ان تؤديها الي في كل شهر كذا
فان ثمة لا يعتق وهكذا ههنا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله ولا يجب حط شيء من البدل
وعلى قول الشافعي رحمه الله يستحق عليه ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر
قوله واتوهم من مال الله الذي اتاكم فان مطلق الامر للوجوب وحجتنا فيه ان العقد
موجب البدل فلا يجوز ان يكون موجبا اسقاط البدل اذ الشيء لا يستحق ضده والقياس لنا
فانه عقد معاوضة فلا يستحق به حط شيء من البدل كسائر المعاوضات او يعتبر احد العوضين
بالاخر والمراد بالاية الندب دون الحتم فانه معطوف على الامر المذكور في قوله
فكاتبوهم وذلك ندب وليس بحتم اذ لا يجب عليه ان يكاتب عبده وان علم فيه خيرا وكذلك
قوله تعالى واتوهم لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه كذا في المبسوط وليس هذا مثل
قوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكوة في حق التمسك بالعطف لان تلك الاية مشتملة
على جملتين كل واحد منهما مستقل بنفسها غير مرتبطة بالضمير الراجع الى ما قبلها فلا
يصح الاستدلال هناك بالعطف فاما ههنا فالثانية مرتبطة بالاولى برجوع الضمير
ال

الى ثلثه ولم يكن مستقلا بنفسه فصح الاستدلال بالعطف ويجوز ان يشترط المال
حالا ويجوز منجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين وحاصل الخلاف في الموضعين
اي في الكتابة والسلم راجع الى شيء وهو ان الشافعي رحمه الله بنى امره وهو انه نظر في الموضعين
الى حال العاقد وحق الاداء في ثاني الحال وقال العبد هو الذي التزم الاداء ها هنا
وهو يخرج من يد مولاه مفلسا فلا بد من اجل يقدر به على تسليم بدل الكتابة لانه لم يكن
قبل العقد من اهل الملك فبعقد الكتابة يصير من اهل الملك واما المسلم اليه فقد صار من اهل
الملك قبل العقد فانه قادر على تسليم المسلم فيه فلا يحتاج الى الاجل ونحن نظرنا في الموضعين
الى حال المعقود به والمعقود عليه فاجمعنا على ان القدرة على ان يكون المعقود به مملوكا للعاقد
ليس بشرط لصحة العقد والقدرة على المعقود عليه ملكا شرط لصحة العقد فانه
لا يملك الثمن واشترى شيئا يجوز شراؤه واما اذا لم يملك المعقود عليه فباع ملك غيره
ثم اشتراه وسلم لا يجوز بعدها فههنا لا يجوز بدل الكتابة معقود به وهو الذي بعد العقد
فلا يتوقف صحة العقد على القدرة على تسليمه وفي السلم المعقود عليه مسلم فيه فيتوقف
صحة العقد على القدرة على تسليمه فلا بد من الاجل ليقدر على اكتساب المسلم فيه في تلك
المدة ويسلم الى رب السلم **فان قلت** لما ثبت دليل كل واحد من الطرفين على وجه
يثبت ما ادعيا في الحكم كان الدليلان متعارضين على السواء فما بين بسبب
رجحان دليلنا على دليل الخصم بعد ذلك **قلت** رجحان دليلنا على دليله ظاهر وذلك
ان ما استدل لنا به دائر بين شرط الجواز وعدمه وما استدل للخصم دائر بين علامة
غالب الوجود وعدمه والشرط اكثر تاثيرا في الحكم من العلامة مع ان هذه العلامة التي ذكرها
الخصم لو انعدمت فانها غير مانعة من صحة العقد مع ان هذا ان الخصم يقول لا يجوز الكتابة
الا مؤجلا عند ارجحيته لما ان الظاهر من حال العبد انه مفلس لانه لم يكن مالكا لشيء من
الاشياء قبل عقد الكتابة فعند التزام الاداء بالعقد يجب ان يكون قادرا على الاداء حتى
يحقق ما قصد اليه المولى في هذا العقد وهو حصول بدل الكتابة له بخلاف عقد السلم
فان المسلم اليه حر من اهل الملك فما لم يعلم انه بهذا العقد يعلم انه قادر على تسليم المسلم
فيه وانا نقول عدم قدرة العبد مستند الى مجرد ارجحية ليس بامر لازم لان من الجائز
ان يرزق العبد من عقد الكتابة لا عطيا بطريق الهبة او الزكوة او بالتجارة الناجزة
ولئن سلم افلاسه فافلاسه مانع في حق المعقود به لا في حق المعقود عليه وذلك غير
مانع لصحة العقد لان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا
لشيء من الثمن واما السلم فيجب ان يكون مؤجلا لا محالة لانه لا اجل هناك فانه يقام مقام ملك
المسلم فيه وهو المعقود عليه وملك المعقود عليه شرط لصحة العقد كما في البيع فانه
لا يجوز البيع الا ان يكون المبيع مملوكا مقدورا للتسليم له وما كان قائما مقامه وهو الاجل
ايضا يستحق ان يكون شرطا لصحة العقد لان الاصل اذا كان شرطا لصحة شيء كان الذي يقوم
مقامه عند عدمه شرطا ايضا كالتيمم لجواز الصلوة عند عدم الوضوء حتى لو ادى عنه
غيره لا يعتق لان اداء البدل انما يعتبر لعقد انعقاد العقد ولم يوجد العقد حتى لم يعتق له
احد فلا يحصل العتق بالاداء كما لو كان قال لعبد ابيه لحار رجل وادى عنه مال الف يعتق
ويرد المال على صاحبه لانه اداه لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود ولانه اداه باعتبار
سبب باطل كذا في المبسوط **قوله** رحمه الله ومن قال لعبده جعلت عليك الفا
تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر لقوله لانه في معنى
الكتابة **فان قلت** لما كان قوله لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما معنى الكتابة
فما معنى قوله فاذا اديتها فانت حر فانه ذكر حكم ثبت بعقد الكتابة ولا حاجة الى ذكره
لما ذكر قبل هذا في الكتاب بعد قوله ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها الي فانت
حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به **قلت** بل يشترط قوله فاذا اديتها

تستحق هاهنا وان لم يشترط ذلك في قوله كاتبتك على الف وذلك لان لون هذا الشرط
تفسير الكتابة ما عينا بهذا اللفظ فاذا لم يات بقوله فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت
رقيق لم يمكن اثباته تفسير الكتابة فلا يقوم من حيث هو مقام صريح لفظ الكتابة وقد صرح
بهذا الذي ذكره الامام المحقق شمس الائمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير فقال ثم قوله
فاذا اديت فانت حر ليس بمعتبر هاهنا بخلاف ما لو قال كاتبتك على الف درهم نجوما كذا
لان قوله جعلت عليك الف درهم على ان تؤديها الي نجوما يحتمل معنى الكتابة ويحتمل معنى الضريبة
فالمولى يستادي عبده الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت
حر وفي قوله كاتبتك ينعدم هذا الاحتمال ويتعين جهة الكتابة بالتصريح وموجب الكتابة
الحرية عند اداء البدل سواء صرح به او لم يصرح كان ذلك ثابتا بالعقد واما قوله وان
عجزت فانت رقيق فهو فضل غير محتاج اليه هاهنا ولا في الكتابة وانما ذكره للتفسير
وحث العبد على اداء المال عند النجوم والكاتب يحتجم بدونه فصار مكاتبة حتى لا يجوز بيعه
ويجوز فسخها بالتراضي ولو ادى بعض البدل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء
المال فان هذه الاحكام ينعكس فيه لان التنجيم يدل على الوجوب لان التنجيم يستعمل للتيسير
وذلك في المال ولا يجب المال الا في الكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة
فعرفنا ان المولى قصد بهذا التنجيم ايجاب المال بطريق الكتابة كذا ذكره شيخ الاسلام
رحمه الله وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة قال شيخ الاسلام في المبسوط وهو الاصح
يدل عليه انه لو قال اذا اديت الي الفا وهذا الظاهر فانت حر لا يكون كتابة كذا هاهنا
والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا للكتابة لانه قد يدخل في سائر الديون
وقد يخلو الكتابة عنه وذكر لفظ الكتابة لم يوجد هاهنا فلا يكون كتابة
واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم ويعدم ذلك اي المساواة تتناول التساوي ويتحقق ما حرزه
اي ويتحقق المساواة تاخر العتق لانه يثبت للمولى نوع دين مستوفى ان يثبت للعبد
نوع مالكية تحقيقا للمساواة وثبت له في الرقبة اي وثبت للمولى حق فان اعتقه
اي فان اعتق المولى مكاتبه قبل اداء بدل الكتابة عتق بقا عليه اي بناء على الوصول الى البدل
من جانبه لما بينا وهو قوله لانه مالك رقبته احض باجزاء ما لم يحصل كذلك لا يلغو المولى
على ما قيل انه ملكه والله اعلم بالصواب **فصل** في الكتابة
الفاسدة اخر الفاسد عن الصحيحة لان الفاسد ناقصة عن الصحيحة وصفا
فكانت منحطة الرتبة عن الصحيحة في الكتابة فاسدة يجب على العبد قيمة نفسه
كذا في المبسوط على ما يجيء وصار كما اذا كاتبه على ثوب او دابة حيث يفسد الكتابة للجهالة
فكذا هنا **فان قيل** يشكل هذا بما اذا كاتبه على عبد حيث يصح به الكتابة فيجب
عليه قيمة عبد وسط وان كان العبد مجهولا في نفسه حتى لم يصح التوكيل بشراء العبد
مطلقا **قلت** جواب هذا وامثاله يجيء بعد هذا في هذا الفصل وقوله
واذا كاتبه على حيوان غير موصوف **فان قلت** فلما وجب في الكتابة على عبد مجهول
قيمة عبد وسط حتى لو اتى العبد بقيمة العبد الوسط يجبر المولى على القبول لم لا يجوز الاتيان
على قيمته ابتداء **قلت** الفرق بينهما ظاهر ان القيمة متى وجبت بالعقد يجب حكما لا قصدا
لانه نص على تسمية العبد وهاهنا تسمية القيمة ثبتت قصدا حيث نص على تسمية القيمة
فكانت معقودا عليه وقد يثبت الشيء حكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا كذا في الذخيرة وان
لم يعتق وفي المبسوط فان اداه مثل ان تراضيا الى الف حتى وقد كان قال له انت حر
اذا اديته او لم يقل فانه يعتق لان هذا العقد منعقد مع فساده فيعتق بالاداء وعليه
قيمة نفسه لان العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لاجل الفساد وقد تعذر الرد بعد نفوذ
العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشتري شراء فاسدا اذا اعتق المبيع بعد القبض وقال زفر
رحمه

رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة اي في الكتابة الفاسدة كما
في البيع الفاسد وقوله رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء المسمى
ويعتق باداء القيمة وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة
بل ما ذكره في المبسوط والذخيرة يعلم ان هذا كان من خصائص ابي يوسف رحمه الله
وان لا يعد كله عن رضا كما اذا كاتبه على ميتة او دم يعتق اذا كاتبه على ميتة او دم
بعد ان العتق عند اداء الميتة والدم اذا اقال قال له اذا اديت الميتة او الدم فانت
حر فاما اذا لم ينص عليه ذلك فلا يعتق باداء الميتة والدم لان العقد لم ينعقد
اصلا فيعتبر فيه التعليق وذكر في الذخيرة وقال ابو يوسف رحمه الله في قول
ابي حنيفة رحمه الله اذا قال ان اديت الي الخمر فانت حر فاذا ادى عتق ولا شيء عليه
ولا فصل في ظاهر الرواية اي لا يفصل في ظاهر الرواية في الكتابة على الخمر بانه اذا كاتبه
على خمر فادى العبد الخمر يعتق العبد باداء الخمر فيما اذا قال له المولى ان اديت
الخمر فانت حر واما اذا لم يقل ذلك لم يعتق باداء الخمر كما هو المروي عن ابي حنيفة
رحمه الله وليس كذلك في ظاهر الرواية بل اذا كاتبه على خمر يعتق في ظاهر الرواية
باداء الخمر سواء قال في عقد الكتابة على الخمر ان اديتها فانت حر او لم يقل **قوله**
رحمه الله لئلا يبطل حقه في العتق اصلا معناه بالعتق ما يلحقه **فان قيل** ما وجه
قوله لئلا يبطل حقه في العتق فبعد ذلك عما يعقد العتق في اداء الخمر والكلام فيه
لئلا يتصور بطلان حقه في العتق **قلنا** يحتمل ان القاضي يرى صحة ما روي عن ابي
حنيفة رحمه الله انه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى العبد
لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية بطل حقه في العتق ثم قوله لئلا
يبطل حقه في العتق يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يحتمل ان يكون
العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب
بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه دانكا عتقه نفعا له ولكن من عبد
ارضى بنفس العتق في البعض او قات عن الطعام من غير وجوب بدل العتق عليه
والاولى ان لا يرضى عبد بايجاب الزيادة على المسمى والاولى في تعليل ذلك ان يقال
والعبد رضي بالزيادة على المسمى لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع المولى
كان قابلا وجوب قيمته على نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة
الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره ورضاه فكان قابلا قيمة نفسه ثم قيمته
تزيد على المسمى فكان راضيا بالزيادة ضرورة وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة
لانه هو البدل ذكر القيمة ولم يذكر ان القيمة باي شيء تعرف وذكر في مبسوط شيخ
الاسلام رحمه الله والذخيرة ان كون المؤدي قيمة للعبد انما يعرف باحد الامرين اما
ان يتصادقا على ان ما اداه قيمته ثبتت كون المؤدي قيمة بتصادقهما لان الحق فيما
بينهما لا يعدوهما فيصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين
فان اختلف المقومون فان اتفق اثنان منهم على شيء يجعل ذلك قيمة له وان اختلفا
في ذلك فلا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق اسقت الاقصين **فان قيل**
الكتابة على قيمته فاسدة وكذلك الكتابة على ثوب او دابة فاسدة كما ذكر فما وجه
الفرق في حكم القيمة والثوب في العتق حتى يعتق باداء القيمة ولا يعتق باداء
الثوب مع استوائهما في فساد الكتابة **قلنا** قد ذكر الفرق بينهما في الكتاب
واوضح ذلك الفرق في الذخيرة فقال والفرق بينهما ان في الكتابة معنى المعاوضة
والتعليق عتق باداء العوض اما معنا وصفة فلوجود العوض من الجانبين واما التعليق
عتق باداء عوض فان حد التعليق ان يتعلق نزول الجزاء بشرط يوجد في المستقبل وفي
الكتابة تعليق وقوع العتق باداء ما صار عوضا **فان قيل** والقيمة تصلح عوضا لانها

معلومة الجنس والقدر معلومة القدر عند الاداء اذا اصلح عوضا وهو ملفوظ به فتعلق
العتق باداته واما الثوب فلا يصلح عوضا لانه مجهول الجنس والقدر فلا يصلح عوضا
في المعاوضات فلا يتعلق العتق باداته في الكتابة لان عتق المكاتب متعلق باداء العوض
فلذلك لا يعتق باداء الثوب وامكن اعتباره معنى العقد وهو المعاوضة وان الجهالة
في الفساد تمنع في ابطال العقد وهذا جواب اشكال وهو ان يقال ان الخمر مجهولة
كجهالة الثوب فينبغي ان تؤثر تلك الجهالة في افساد العقد على وجه لا يعتق باداء الخمر
كما لا يعتق باداء الثوب **فان قلت** لم كان ما ذكر في الرهن وهو ان في الكتابة
معنى التعليق معمولا اوجب ان يعتق العتق باداء الثوب في الكتابة على الثوب لم يوجد التعليق
الثابت في ضمنه فلا يعتق واما في قوله ان اديت فالتعليق ثابت نصا لا في ضمن المعاوضة
فيتعلق بما سمى لانه لا يصلح عوضا وقد ادى ما يطلق عليه اسم الثوب فيعتق وقد ذكر
محمد رحمه الله فيما اذا كاتبه على ثوب لو ادى قيمة ثوب وسط هل يعتق ام لا وذكر فيما اذا كاتبه
على حكمه او على حكم العبد انه لا يجوز الكتابة ولو ادى قيمته لا يعتق قال شيخ الاسلام
رحمه الله لا رواية في هذين المسالتين لان في المسالتين جميعا ما سماه لا يصلح عوضا لانه مجهول
القدر والجنس ثم قال لا يعتق في تلك المسالة باداء القيمة فكذلك في مسالة الثوب
والاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان لا يصلح عوضا لجهالة القدر او لجهالة الجنس
فانه لا يعتق العبد باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا على المسمى ولا على القيمة كذا في
الذخيرة لانها لا تتعين في المعاوضات فتتعلق بدراهم دين في الذمة حتى لو قال العبد
كاتبني على الف درهم على ان اعطيها من مال فلان فالعقد جائز وهذا الشرط لغو لان الالف
تجب في الذمة والتدبير في اداء ما في ذمته اليه كذا في المبسوط وعن ابي حنيفة
رواه الحسن رحمه الله انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق لعين لو كانت الكتابة فاسدة
لما عتق باداته كما لو كاتبه على ثوب لان المسالة مصورة في لفظ الكتاب من غير لفظ
التعليق بان قال كاتبتك على هذا الشيء المعين وهو لغيره ولم يقل ان اديته الي فانت
حر فانه لو قال ذلك لعتق ايضا لكن لوجود الشرط في التعليق لا باعتبار الكتابة
فان الكتابة اذا فسدت من كل وجه لا يعتق باداء المسمى كما في الثوب بخلاف الكتابة على الخمر
فان الكتابة لم تفسد هناك من كل وجه على ما ذكر في الكافي فلذلك عتق باداء الخمر فانه
الصداق يعني لو سمى عين غيره في النكاح صداقا فانه يصح التسمية حتى لو لم يجز صاحب العين كان
للمراة ان ترجع على الزوج بقيمة ذلك العين لا بمهر المثل ولو فسدت التسمية لوجبت عليه
مهر المثل والجامع بينهما كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال قلنا العين في المعاوضات
معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة المراد من العين هنا بدل الكتابة
فان قلت اين ذهب قولنا انه بدل حكم الكتابة الثمن في البيع وعن هذا جوزنا
الكتابة الحالة على ما مر فلما كان كذلك لا يشترط القدرة على بدل الكتابة لصحة عقد الكتابة
كما لا يشترط القدرة على الثمن لصحة البيع **قلت** نعم كذلك الا ان البدل في الكتابة
له شبه الثمن لما ذكرت وهو ان التصرف فيه بالاستبدال جائز وايضا له شبه المبيع من وجه
اخر وهو ان العجز عن تسليمه يوجب الفسخ كما في البيع اذا عجز عن تسليم المبيع فلو كان
ذلك عينا صار عقد الكتابة بمنزلة بيع المقايضة فصار للبدل حكم المبيع من وجه حتى يشترط
القدرة على التسليم واذا كان غير عين الحقناه بالثمن حتى لا يشترط القدرة عليه عملا بالشبهين
لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط وهو منافع البضع حتى انه لو تزوج رضيعا
يصح فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى ان لا يشترط القدرة عليه وبدليل صحة النكاح كما
في الصداق بخلاف البيع لانه يجوز البيع عند الاجازة فان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب
المال يجوز لان صاحب المال صار مقرضا المال من العبد فيصير العين من الشابه ذكره
الامام قاضي خان وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز اعتبارا بالحال عدم الاجازة يعني

اذا لم يجز صاحب العين على ما قال في الكتاب وهو قوله وكذلك اذا كاتبه على شيء بعينه
لغيره لم يجز اي المعنى الجامع بين المقيس عليه وهو عقد الكتابة على عين الغير الذي
لم تلحقه الاجازة وبين المقيس وهو الكتابة على عين الغير الذي لحقته الاجازة
انا اي ان عقد الكتابة لا يفيد ملك المكاسب اي في الحال ولا حاجة بنا اذا كان
البدل عينا معينا للغير لانه اذا كان عينا للغير لا ينعقد العقد ومتى لم ينعقد لم
يكن الاداء لان الاحتياج الى الاداء انما يكون اذا صح العقد حتى يصير العبد احق بمكاسبه
ليصل به الى مقصوده عند الاداء وهو العتق فلما فسد العقد من كل وجه لا يحصل
العتق باداته وقد ذكر هذا المعنى في الجامع الصغير لصدر الاسلام رحمه الله فقال
اما الكتابة على شيء بعينه لغيره فاسدة لانه لا يفيد ما هو المقصود بالعقد لان المقصود
من عقد الكتابة صيرورته احق بنفسه ومكاسبه اذا وجب عليه اداء بدل الكتابة
من مكاسبه فانه ما لم يصر احق بنفسه ومكاسبه لا يقدر ان يؤدي بدل الكتابة من
مكاسبه فلا يصير احق بمكاسبه فلا ينعقد العقد لان عقدا لا يفيد مقصوده
لا ينعقد **قوله** رحمه الله والمسالة فيه اي هذه المسالة التي نحن فيه
مصورة فيما اذا كان بدل الكتابة عينا معينا للغير انما قيد بقوله معينا بعد قوله
عينا احترازا عن الدراهم والدنانير المعينة فانها وان عينت لا تتعين فكان مراده
ما هنا من العين المعين سوى الدراهم والدنانير المعينة فانها وان عينت فكان
مراده ههنا من العين المعين سوى الدراهم والدنانير من العروض اذا كان معينا
على ما بيناه اشارة الى قوله ومراده في شيء بعينه قال ذلك ولم يقل الى
قوله ان اديته الي فانت حر يعتق باداء العين ولكن لو كاتبه على خمر فاداها
ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان اي على عين معين سوى الدراهم
والدنانير لانه اذا كانت في يد العبد دراهم او دنانير من كسب بان كان عبدا ماذونا
والاكتساب الدراهم والدنانير فكاتبه على تلك الدراهم او الدنانير اتفقت الروايات على ان
الكتابة جائزة كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله والذخيرة ففيه روايتان في رواية
يجوز وهو رواية كتاب الشرب وفي رواية لا يجوز وهي رواية اخر كتاب المكاتب
والاصل كذا في الذخيرة وهي مسالة الكتاب على الاعيان ومنها ذكر قبل هذا بقوله
وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز وعن ابي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن
انه يجوز وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى وانا احلته ولم يورده لان
كلا الوجهين مطول غاية التطويل وذلك الوجهان مذكوران في الذخيرة فها منهما
بيانا لا بد منه والحاصل منهما في وجه رواية عدم الجواز انا لو جوزنا الكتابة على العين
لا يخلو اما ان يجعل العبد احق بهذا العين او لا فان لم يجعل العبد احق به لم يجز هذه
الكتابة لانعدام موجب الكتابة في الحال ولان العين قبل الكتابة كان مملوك المولى
رقبة ويدا فبقي كذلك بعد الكتابة لم يستفد المولى بهذه الكتابة شيئا لا ملك
الرقبة ولا ملك التصرف فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئا من العبد الماذون ولا دين
عليه فانه لا يجوز وان جعلنا العبد احق به لا يجوز ايضا لانه لا يتحقق معنى الكتابة
لان تفسير الكتابة شرعا ايجاب حرية على سبيل التعاقب وهو اثبات حرية اليد والرقبة
مرتبا على حرية اليد بطريق التعاقب ولو جوزنا الكتابة على العين ثبتت الحريتان
معا لا على سبيل التعاقب فيكون اعتاقا على مال ولا يكون كتابة وذلك لان العبد
اذا صار احق بالعوض اولا يصير العوض مملوكا للمولى على الحقيقة بنفس العقد واذا
ملكه بنفس العقد لعتق العبد كما فرغ من العقد فثبت حرية اليد والرقبة معا
لا على سبيل التراخي فلا يكون كتابة بخلاف ما لو كاتبه على دراهم الخ وفي وجه رواية الجواز
الكتابة على هذه الدراهم وجعلنا العبد احق بها يتحقق معنى الكتابة لان العقد لا يتعلق

وأما معاني العقد فلأنه دين في الذمة لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان في عقود المعاوضات وما يثبت دينا في ذمة العبد للمولى فإنما يملكه المولى على الحقيقة بالقبض وإذا توقف حقيقة الملك في الدين على القبض يتحقق معنى الكتابة فإنه يثبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في الثاني بخلاف العين على ما قلنا وأما وجه رواية الجواز فهو أن الكتابة على دراهم في يد العبد تجوز ويصير العبد أحق به فكذا يجوز على عين في يده ويصير المكاتب أحق به ومتى صار أحق به أفادت الكتابة فائدتها فيجوز أما قوله إن الكتابة على العين لا تجوز لأنه يثبت الحريتان معا فيكون إعتاقا على مال لا كتابة قلنا إنما كان هذا هكذا أن لو جعلنا بدل الكتابة رقبة العرض ونحن لا نجعل كذلك بل نجعل بدل الكتابة ملك التصرف في العرض فيثبت للمولى بعقد الكتابة ملك التصرف في العرض وملك التصرف يصلح عوضا ألا ترى أن رب المال إذا اشترى من المضارب مال المضاربة بلا ربح في مال المضاربة صح الشراء باعتبار ملك اليد والتصرف وإذا صلح ملك اليد والتصرف عوضا كما يصلح ملك الرقبة عوضا جعلنا بدل الكتابة ههنا ملك التصرف لا ملك الرقبة بل بقي الرقبة على ملك المولى وإذا قلنا هكذا يصح للكتابة لأنه على هذا التقدير يثبت للمولى ملك التصرف بعد العتق فيثبت للمكاتب حرية اليد بنفس العقد وتثبت حرية الرقبة بعد قبض ملك الرقبة للمولى بالقبض فيثبت الحريتان على سبيل الترادف فجعلناه كذلك تصحيحا للكتابة بقدر الإمكان لأن العبد المطلق يصح بدل الكتابة فينصرف إلى الوسط ولذا يصح مستثنى منه وهو الأصل يعني أن كل ما يصح بدلا في المعاوضات فيصح استثناؤه والعبد يصح بدل الكتابة فيجب أن يصح استثناؤه من بدل الكتابة وهما يسلمان هذا الأصل ولكن يقولان إن ذلك فيما صح استثناؤه من غير أن يورث فساد العقد وههنا لا يصح الاستثناء لأن استثناء العبد من الدنانير لا يصح إلا باعتبار القيمة ولو استثنى العبد من الدنانير إنما يصح استثناؤه بحسب قيمة العبد لا بحسب نفس العبد وقيمة العبد لا يصلح أن تكون بدل الكتابة بل به تفسد الكتابة على ما مر فكذا لا يصح استثناؤه والفرق ظاهر بين العبد وبين قيمة العبد فإن الكتابة على العبد صحيحة ينصرف ذلك إلى العبد الوسط والكتابة على قيمة فاسدة ولذلك تسمية المهر في النكاح صحيحة على عبد وعلى قيمة عبد فاسدة فإن الجهالة في العبد جهالة في الوصف لا جهالة في القدر بخلاف القيمة فإن الجهالة فيها جهالة القدر فتفاحش من حيث القدر والجنس والوصف فيفسد بها العقد ومعناه أن بين الجنس كالعبد والعبد ولا يبين النوع كالتركي والهندي والصفة بأنه جيد أو ردي وينصرف إلى الوسط لأن الأصل في الحيوان المجهول إذا وجب دينا في الذمة أنه ينصرف إلى الوسط كما في الولادة والدية والوصية والمعنى في ذلك أن الصرف إلى الوسط عملا بالأمرين لأن الوسط بين الجيد والردي فيه نظر للجانبين ثم الوسط عند أبي حنيفة رحمه الله والعبد الذي قيمته أربعون درهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب **فإن قلت** كيف جعل ههنا العبد جنسا واحدا وجعل في الوكالة أجناسا مختلفة حتى لم يجوز الوكالة بشراء العبد مطلقا **قلت** كان العمل في العبد عملا بالشبهين بالنظر إلى موضعين حيث ألحق بالجنس الواحد إذا سمي في عقد هو معاوضة المال بما ليس بمال وألحق بالأجناس المختلفة إذا سمي في عقد هو معاوضة المال بالمال وإنما فعل هكذا لأن العبد في أنواعه بسبب فحش التفاوت فيما بينهم بمنزلة الأجناس المختلفة ولكن هو في ماهية اسم العبد فوق ما يطلب منه من المنفعة الخاصة بالعبد جنس واحد ثم في معاوضة المال بالمال تجري المضايقة والمماكسة فألحق بالأجناس المختلفة لئلا يكون العمل فيه بإحباط الأمرين على ما هو موضوعه من المضايقة وفي معاوضة المال

با

بما ليس بمال تجري المساهلة والمسامحة فألحق بالجنس عملا بما هو موضوعه من المساهلة ولما كان كذلك لو كاتب العبد على ثوب أو دابة لا يصح لعدم تعيين الجنس فإن الثوب أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يحتمل ثبت دينا في الذمة في شيء من المعاوضات كما في النكاح وإن أدى إليه ثوبا لم يعتق لأنه لم يعلم بأداء المشروط حقيقة **فإن قيل** المسمى ثوب وهذا الاسم حقيقة لما أدى فينبغي أن يعتق وإن لم يكن هذا هو البدل حكما كالكتابة على خمر **قلنا** نعم المسمى ثوب ولكن الثياب مختلفة ومتفاوتة تفاوتا فاحشا بلا رجحان لتعيين هذا الثوب مسمى لأنه لو تعين لم يمكن للمولى أن يرجع عليه بشيء آخر فإنه قال سقوم وقد سلم له وفي هذا ضرر عليه فلدفع الضرر عنه لا يتعين هذا مسمى ولأن هذا بمنزلة الاسم المشترك وفي المشترك لا يتعين شيء بمطلق الاسم ولا عموم للاسم المشترك فلا يعتق بأداء الثوب إلى هذا أشار في المبسوط والذخيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لأنها تبنى على المسامحة فيعتبر جهالة البدل بجهالة وصف البدل بجهالة الأجل فيه فإنه يصح بالأجل قال كما ينتقل إلى الحصاد أو الدياس وفي المبسوط ولو كاتبها على ألف إلى العطاف أو إلى الحصاد أو الدياس أو نحو ذلك من الأجل جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لأن عقد الكتابة لا يصح إلا بتسمية البدل كالبيع وهذه الآجال المجهولة إذا شرطت في أصل البيع فسد بها العقد فكذلك في الكتابة ولكنه استحسن فقال الكتابة فيما يرجع إلى البدل بمنزلة العقود المبنية على التوسع في البدل كالنكاح والخلع ومثل هذه الجهالة في الأصل لا يمنع صحة التسمية في الصداق فكذلك في الكتابة وهذا لأن الجهالة في المقدار والأجل هو جهالة الصفة بعد تسمية الجنس فكما لا يمنع ذلك صحة التسمية في الكتابة فكذا هذا وإنما قلنا إنه معاوضة مال بغير مال إذا نظر إلى جانب المولى لأن رقبة العبد تخرج عن ملك المولى بمقابلة بدل الكتابة ورقبة العبد مال في حق المولى لكن هذه المقابلة على وجه الإسقاط لا على وجه إثبات الملك للعبد فإن شيئا من المال لا يدخل في ملك المكاتب فكان بمنزلة حصول البضع للمرأة في الخلع فيبتنى على المسامحة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وإذا أقبض عتق أي وإذا أقبض قيمة العبد الخمر عتق وبه صرح الإمام قاضي خان وعتق في شرح الجامع الصغير ولو أداها عتق أي أدى العبد المسلم الخمر لأن العقد وقع على الخمر وهو مسلم وقع فاسدا من الابتداء لأجل أنه الخمر ولكن في الكتابة معنى تعليق العتق بالأداء فإذا وجد الشرط وهو أداء الخمر يعتق إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله **فإن قلت** ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب المسلم عبده على الخمر ابتداء لعتق العبد بأداء الخمر وإن وقع العقد فاسدا وفيما نحن فيه وهو ما إذا كاتب النصراني عبده الكافر على خمر ثم أسلم أحدهما فأدى الخمر لا يعتق مع أن القياس يقتضي أن يعتق ههنا بأداء الخمر بالطريق الأولى لأن العقد في الابتداء كان انعقاده على الخمر **قلت** الفرق بينهما هو أن الكتابة في عقد المسلم على الخمر انعقدت مع الفساد فيعتق بأداء مشروط لأنه من معنى التعليق لما ذكرنا ويكون عليه قيمة نفسه وأما ههنا فالكتابة انعقدت صحيحة على تقدير أداء البدل يصح أداؤه وقامت القيمة مقام الخمر ولم يوجد ههنا معنى التعليق بأداء الخمر إلى هذا أشار الإمام المرغيناني رحمه الله في الجامع الصغير وقد بيناه من قبل وهو ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله فإن الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق إلا بأداء القيمة والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله أو لا يفعله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا لأن هذا الشرط

مخالف لمقتضى العقد **فان قيل** لا ملازمة بين فصلين وعليه ان تفسد عقد الكتابة
كما اذا شرط في البيع ما يخالف مقتضى العقد على ما مر في البيوع فكل شرط يخالف مقتضى
العقد كما مر في البيوع الى ان قال فهو مفسد للعقد فحسبه لا يكون للعبد ان يمضي على
موجب الكتابة من السفر وغيره وههنا استدل بصحة العلة على ان يمضي على موجب
عقد الكتابة فكان الاستدلال بها على ما ادعاه من الحكم عكس ما يقتضيه عليته
قلنا هذا التعليل لبيان ان علته هذا الشرط باطل في نفسه وليس بصحيح بيانه
الشرط باطل وعقد الكتابة على نوعين احدهما ما هو المتمكن في صلب العقد فهو
مفسد لعقد الكتابة والثاني ما هو غير متمكن في صلبه فهو ليس بمفسد في صلبه وهذا
الشرط الذي ذكره وهو ان لا يخرج من الكوفة ليس بمتمكن في صلب العقد فلا يفسد
فلما لم يفسد كان على المكاتب ان يمضي على موجب كتابته وهو جواز السفر له والدليل
على هذا التقرير ما ذكره في المبسوط فانه ذكر صورة المسألة هكذا كان هذا الشرط
باطلا لانه خلاف موجب العقد فان ما للمكاتب بعد الكتابة له حق الاستبداد بالخروج
حيث شاء والمقصود من العقد تمكنه من ابتغاء المال وذلك بالضرب في الارض قال
الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فكل شرط يمنعه من ذلك
فهو خلاف موجب العقد فكان باطلا وعند سفيان الثوري يصح هذا الشرط لانه
مفيد كالمودع اذا قال للمودع احفظها في بيتك دون بيت غيرك صح كذا هذا واذا لم
يصح هذا الشرط عندنا لا يبطل العقد بهذا الشرط لان هذا الشرط في ما يقوم به
العقد والشرط الفاسد في الكتابة لا يفسد العقد اذا لم يكن متمكنا في صلبه وانما
يفسد اذا تمكن في صلبه لمعنى وهو ان الكتابة تشبه البيع من وجه وهو انها
تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من وجه وهو انها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود
بالاداء فتوفرنا حظها عليهما فالحقناها بالبيع فتبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب
العقد وشبهناها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها ولان هذا
العقد احتماله للفسخ مبني على التوسع ولتحقيق معنى التوسع قلنا الشرط اذا لم
يتمكن في صلبه يكون لغوا بخلاف البيع فانه مبني على الضيق ثم المعنى من المتمكن في صلب
العقد هو ان يكون الفساد بمعنى في البدلين وههنا الفساد في بدل الكتابة كما اذا شرط
خدمة مجهولة بان قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا اما لو كاتبه على ان يخدمه
شهرا فليس ان لا يجوز خروجه لانه حبس لخدمته فان الخدمة قد تكون في البيت وقد
تكون خارج البيت ومن هذا قال مشايخنا رحمهم الله ذكر العباس في الكتابة تكون
ذكرا في الاجارة يعني ان هناك ايضا لا تجوز الاجارة فاسدا في هذه الصورة وفي الكتابة
يجوز لان اعمال الخدمة متفاوتة مما بين الناس عرفا والمعروف فيما بين الناس كالمشروط
ولهذا جازت الاجارة وان لم يبين نوع الخدمة كذا في الذخيرة والمرء لمعنى وسيلة
الوصول الى المقصود لان حكم المالكية انما تثبت به نوعا التمكن من اداء بدل الكتابة
وكل عقد لا يفيده الا يثبت له حكم المالكية وذلك بل يكون فهو كالعقد مثل
تزوج الا باذن مولاه كذا في المبسوط المجاهرة عند العامة الفتى من التجار ولا يتكفل
لانه تبرع مكانه اراد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او
يسافر به فحرف الى المجاهر كذا في المغرب ولا يتكفل لانه تبرع محض الا ان كفالة
العبد المحجور عليه يصح وجمته بعد العتق واما في الحال فلا لما ملكه نوعيه سواء كان بامر
المكفول عنه او بغير امره اما اذا كان بغير امره فظاهر لانه تبرع محض ولا يملك له الرجوع
بما ادى فصار كالهبة وان كان بامره فلذلك ايضا لان الكفيل حتى اذا تضمن فقد صار كما
ادى الى المكفول عنه والاقرار من تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان يتعين العدل لمن يشترط
في المجلس ولو كان معاوضة لشرط قبضه في المجلس فلو كان كذلك الكفالة بالنفس

ايضا

ايضا لانه تبرع محض من غير عوض يحصل له ولا يقال انه التزام فعلا في ذمته وهو
التسليم وتسليم النفس عمل لا يتعلق به المال فكان متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانا
نقول ان الكفالة لو صحت قد تفضي الى المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس
على ذلك وحين تحبس عجز عن الكسب فيتصل ضرر هذا الالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة
بالمال فلا يجوز وسواء كان باذن المولى او بغير اذنه لانه لا يملك للمولى في منافعه ومكاسبه
في وجوه ادائه فما هو تبرع لعدمه كذا في المبسوط فان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال لانه يكتسب به المهر ويسقط عنه نفقتها **فان قيل** لما ملك المكاتب
تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها بالطريق الاولى اما
المساواة فباعتبار وجود هذه العلة فيها لانها تكتسب به المهر وتسقط نفقتها
عن نفسها واما الاولوية فلان في تزويج الامة انما يسقط نفقة الامة عن مولاها
اذا بوأها بيتا واما اذا لم يبوئها فلا يسقط واما المكاتبة فانها تستحق النفقة
على زوجها وان لم يبوئها المنزل بيتا بخلاف المدبرة وام الولد والمسألة في فتاوى
قاضي خان رحمه الله وغيرها ومع ذلك ذكر في باب جناية الرقيق المكاتب ولو له
من كتاب عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تزوج بغير اذن المولى **قلنا** نعم
لذلك كان ينبغي ان تملك ذلك لانه اكتساب للمهر في حقها ولكن الجواب فيه من ان
رقبتها باقية على ملك المولى يمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بالتزوج ولان
فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فيها وربما تعجز فيعود هذا العيب الى ملك المولى
وفي هذا التزوج ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة فان مقصودها من التزوج
نفسها في اخرين سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما تناوله الملك الثابت بالكتابة
وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة كذا في المبسوط وذكر فيه ايضا بعد
ذكر مسألة تزويج الامة بانه جائز لانه اكتساب المال ثم قال **فان قيل** هذا موجود
في ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها **قلنا** نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى وامته
ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون امته ولو عجز وقد كانت ابنته
حصنة لا يجب على المولى فيها استبراء جديد ويلزمه ذلك في امته ومكاتبته اما لو زوج
المكاتب عبده امرأة لا يجوز على ما ذكر في الكتاب لانه ليس من اكتساب المال وفيه بل فيه
اتلاف المال من غير عوض يحصل له فان رقبة العبد تصير مشغولة بالمهر والنفقة
من غير مال يحصل له **فان قيل** ما تقول في مكاتب زوج امته من عبده فانه
ينبغي ان يجتمع الدليل الذي يجوز مع الدليل الذي لا يجوز له باعتبار تزويج الامة
يجوز ولا باعتبار تزويج العبد لا يجوز **قلنا** روي عن ابي يوسف رحمه الله
انه يجوز لوجهين احدهما فيه اكتساب المال من غير ضرر يلحقه فكان جائزا والثاني قلنا
ذلك لان فيه اكتساب الولد من غير زيادة ضرر يلحقه لان المهر لا يجب على المولى ونفقتها
كانت على المولى قبل النكاح فلم يكن فيه زيادة ضرر لم يكن وفيه اكتساب مال ولكن
في ظاهر الرواية قال لا يجوز لما ان الداخل تحت الكتابة تجارة واكتساب مال وتزويج
العبد امته ليس باكتساب مال وحصول الولد موهوم وهو ليس باكتساب له في الحال
وفيه نوع ضرر لانه ربما يبيع الامة فلا يبطل النكاح فيجب على العبد نفقتها وتمامه
في الذخيرة او الاحتراز لانه يوجب فوق ما هو ثابت له لان الاعتاق على مال فوق الكتابة
لان الكتابة معاوضة حتى يقال ويفسخ ولا يعتق في الحال بخلاف الاعتاق على مال
فان حقيقة العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف الى اداء المال وهذا
غير ثابت للمكاتب فيخرج عن اطلاق امر المكاتب فوق ما هو حاله وهو لا يجوز لان فيه
ابطال الغير لما لا يملكه وبخلاف تعليقه العتق بان قال المكاتب لعبده ان اديت الي الفا
فانت حر فانه ايضا لا يصح لانه تعليق عتق بشرط مفقود اذ هذا غير ثابت للمكاتب مقصودا

وانما سقت له حجة السوية ملك الحجر عن الاكتساب بالكتابة فلا يملك اجابة التي لعبده لقدر
كانت له ولكن ليس للمكاتب ان يكاتب ولدى ولده والديه لانهم دخلوا في كتابته تبعا والتابع
لا يكاتب ولانهم بمنزلة مملوكين للمولى حتى لا يبيعهم فكما لا يكاتب نفسه فكذلك لا يكاتبهم كذا في المبسوط
والدخيرة فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك لان مكاتب
الثاني مكاتب المولى بواسطة المكاتب الاعلى لانه لولا كتابته للمكاتب الاعلى لما قدر المكاتب
الاعلى على كتابته فالحكم كما يضاف الى علة العلة لذلك يضاف الى علة العلة ولان الدليل
على ان للمولى فيه نوع ملك ما ذكره في باب ما لا يثبت النسب منه من ام الولد من كتاب العتاق
للمبسوط بقوله واذا وطئ الرجل امة لمكاتبه فولدت ولدا فادعاه وصدقه المكاتب
فهو ولده بالقيمة وعليه العقر لان له حق التملك في كسب المكاتب ولهذا يجعل بمنزلة الغرور
او اقوى منه فكما يثبت النسب هناك لذلك يثبت هاهنا الى ان قال ولو عند تصديق المكاتب
لا تصير الجارية ام ولد له لان حق الملك له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا ترى
ان المحجور يستلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك والنسب للاب في مال الابن ملك ولا
حق ملك لا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فلذلك صارت جاريته
الولد ام ولد الاب عند دعوة الولد منه وذكر في الدخيرة والفصل الخامس من المكاتب
فان اعتق الثاني بادا مكاتبته قبل ان كان الاول مكاتبا حال عتق الثاني فالولا
يثبت للمولى المكاتب الاعلى فان كان حرا فالولا يثبت للمكاتب الاعلى وهذا لان المكاتب
الاعلى كما صار مكاتبا للثاني فمولاه صار مكاتبا للثاني من وجه لان لكل واحد منهما حق
الملك في كسب المكاتب الثاني فالكتابة واحلة تحت كتابة الاول فيكون حاصله
ما ذكر ان المولى يعتبر ربا للمولى حق الملك في كسبه ويصير معتوقا الى المولى فيصير المولى مكاتبا
له من وجه ويعتبر ربا للمكاتب الاول فيصير مكاتبا له الا ان حق المكاتب في كسبه ارجح من
حق المولى لان له حق الملك وحق التصرف وللمولى حق الملك وليس له حق التصرف
فاذا امكن اثبات الولاء منهما بان كان الاول من اهل الولاء حال عتق الثاني كان اثبات
الولاء منه اولى لرجحان حقه على حق المولى واذا لم يكن الاول من اهل الولاء بان كان مكاتبا
انتقناه من مولاه وفي المبسوط فان ادى الثاني قبل الاول كان ولاؤه للمولى الاول صار
معتقا له لان الاعتاق يعقب الولاء وهو للنسب باهل للولاء لانه رقيق فخلفه فيه اقرب
الناس اليه وهو مولاه كالعبد المأذون له اذا اشترى من يعتق عليه مولاه بهذا الطريق وهو
ان الشراء موجب للملك فاذا لم يكن المشتري من اهل الملك خلفه في الملك اقرب الناس اليه
وهو المولى ويصح اضافة الاعتاق الى المولى الاصلي والحيلة فيقال فيقال مولى
زيد او معتق زيد بطريق المجاز وان كان معتق معتقه وهذا يدخل مطلق العتق
في الاستيلاد على مولاه كما في العبد اذا اشترى من يعتق عليه الملك للمولى بعد
انتابه للعقد لانه ليس من اهل الملك على ما ذكرنا لان المولى جعل معتقا بطريق المشترى
المباشرة حكما لما ان العقد استقل الى المولى لعدم صلاحية المكاتب للاعتاق فكما صار
المولى معتقا لعدم استقلال الاصل الى عدم بخلاف حر الولاء فانه مولى الجارية ليس بمعتق
للولد مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى الحد المسبب
الا عند تعذر الاضافة الى العلة والعلة وعند عدم عتق الاب فاذا اعتق فالت
الضرورة فيجر الولاء الى قوم الاب الى هذا اشار في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله واما
الثالث فلانه بمنزلة العبد وتعيبه له ولهذا لو اشترى عبدا موجب ذا رحم محرم منه
من الرد بالعيب كذا في الاوضح على ما نرى استثناء الى قوله وان يزوج امة جاز لانه اكتساب
للمال لان في تزويج الامة لا الكتابة نظرا له اذ للصغيرات في تزويج الامة بل وكذا يا
المتاب لا استفادته المهر ان في الكتابة ما ذكر في المبسوط بعونه والكتابة انظر
من البيع لان البيع يزول ملكه عن العين قبل وصول البدل اليه وبالكتابة لا يزول

الله

الله عنه الا بادا المال اليه ويسقط نفقته عنه في الحال واذا انقد وصول المال
اليه بعجزه يفسخ الكتابة فكان عبدا له على حاله فاذا املك الوصي البيع ملك الكتابة بالطريق
الاول **فان قلت** فعلى هذا كان ينبغي ان يملك الوصي البيع يملك الكتابة كما به عبد
الصغير عند وجود الدين في التركة كما يملك بيع التركة مع وجود الدين على ما ذكر في وصايا
هذا الكتاب بقوله فاذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز
وهاهنا لو كان الوصي عبدا من التركة لا يجوز اذا كانت الورثة صغارا او كان
على الميت دين وان كان لا يحيط بماله فما وجهه **قلت** وجهه هو ان لو صححنا كتابة
الوصي لا يخلو اما ان يصح لا جل الغريم او لاجل الميت او لاجل المكاتب لا يصح مثلا
مع كتابته وذلك لان حق الغريم مقدم وما لم يصل اليه كما زحمه لا يسلم شي من التركة
الى الوارث فلا يمكن تصحيح كتابته للغريم اذ ليس للوصي عليه ولاية التنجيم لانه
يسلم له شي الا بعد قضاء الدين ولا للميت لان حقه في تقديم ذمته وتاخر ذلك بكتابته
ولذلك لم يجز بخلاف البيع فان المالية باقية كما كانت وحق الغريم في مالية التركة
لا في عينها الا ان يستوفي الغريم من نقية التركة بحسب معد الكتابة لان المانع قد زال
ولذلك اذا كان مكان الدين وصية بالثلث لانه لا ولاية للوصي على الموصى له في كتابة
نصيبه الى هذا اشار في المبسوط مع قياسه على المكاتب واعتبر ما لا يجوز الى ابو يوسف
رحمه الله فيس المأذون على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج امته ولذلك المأذون
ولذلك اعتبر التزويج بالاجارة فان للمأذون ان يواجر امته ومعتقه ولذلك يجوز
له ان يزوج امته فقد جمع لفظ القياس في العتق بما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار
والمعادلة ويعما التزويج والاجارة لان المال من هذين العقدين ظاهر اذ في كل
منهما ملك الجزء الملاق التصرف فكان شرط القياس موجودا واستعمل لفظ القياس
لذلك واما هذين العقدين فالمماثلة منهما من حيث المعاملة لا غير لما ان الاجارة من
المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية الا ترى ان الحيوان لا يثبت
دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان
استعمال لفظ الاعتبار هنالك الحق وهذا ليس بمحال اشارة الى تزويج الامة لان
النكاح اسم للمبادلة المال وتزويج الامة ليس كذلك فلا يملكه المأذون له بخلاف
المكاتب فانه يملكه لان المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لان الاكتساب اسم
لما يوصل به الى المال وتزويج الامة يوصل المولى الى المهر فكان اكتسابا واما كان
كذا لان المكاتب ملحق بالاحرار في استبداده بالتصرف والاكتساب بنفسه والاصل
في هذا ان كل من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة وحق العبد
كالاب والوصي والجد والقاضي والشيخ وامين القاضي وكل من كان تصرفه خاصا
في التجارة كالمضارب وشريك العنان والمأذون لا يملك تزويج الامة عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله كذا ذكره الامام قاضي خان والمحبوبي ولانه اي ولان التزويج للامة
ليس مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال على ما ذكرنا ولان المنافع
في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى
ان تبتغوا باموالكم فعلم بهذا ان المنافع في باب الاجارة لها حكم المال من كل وجه فلا
يلزم من جواز تصرف المأذون له في الاجارة جواز تصرفه في تزويج الامة لما ان تزويج
الامة نظير الكتابة من حيث ان كلا منهما مبادلة المال بغير المال لا نظير الاجارة فعن المأذون
له لا يملك الكتابة ~~في الاجارة~~ لا يملك الكتابة فيجب ان لا يملك تزويج الامة
والله اعلم بالصواب **فصل** لما ذكر مسائل من هو اصل في الكتابة بطريق
الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعه والتبع

بطل الاصل **قوله** رحمه الله واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وكذلك
لو اشترى امه وهم لا يدخلون في كتابته بطريق التبعية ثم اعلم ان الاقوى في الدخول في كتابة
تبعا الولد المولود في كتابته ثم الولد المشترى ثم الوالدان فعلى هذا الترتيب ظهرت الاحكام
حتى ان الولد المولود في كتابته يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه
حال حيوته ويقبل بدل الكتابة عنه على نجوم الاب وكذلك الولد المشترى في حق حرمة البيع حال
حيوة المكاتب ولكن يقبل منه بدل الكتابة بعد موت الاب حالا ولا يمكن من السعاية على نجوم
الاب ليظهر نقصان حاله عن حال المولود في التبعية ثم الاب دون الولد المشترى حتى انه
يجوز بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولا يقبل منه بدل كتابته بعد موته حالا ولا موجلا ليظهر
نقصان اسمه في التبعية عن الولد المشترى وعن الولد المولود في الكتابة وانما كان هكذا لان
التبعية للولد المولود في الكتابة ثابتة بالملك والبعضية ثابتة حقيقة وقت ثبوت العقد
واما الولد المشترى فتبعيته بالملك والبعضية بينهما وحق العقد من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة
لان بعد الانفصال لا بعضية بينهما من حيث الحقيقة واما الوالدان فانما تبعا للولد باعتبار
الملك لا باعتبار البعضية فانهما ليسا بعضين من الولد فلذلك انحطت تبعيتهما عن تبعية الولد
المشترى وعن الولد المولود الى هذا اشار في الدخيرة دخل في كتابته حتى يتبع سعيه ثم انما قيد
بقوله دخل في كتابته ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لم ينفسخ كتابته بعد
عجز المكاتب الاصل وليس كذلك بل يعجز الداخل بعجز الاصل حتى اذا عجز المكاتب بيع الاب لان ثبات
كتابة الداخل بطريق التبعية لا بطريق الاصالة **فان قلت** لو كان دخول المشترى في كتابة
المكاتب هاهنا لوجب ان يسقط من مال الكتابة ما يخصه اذا اعتق المولى الداخل في كتابة المكاتب
كما اذا كاتب رجل عبده على نفسه وعلى اولاده الصغار ثم اذا اعتق المولى احد الاولاد الصغار رفع عنه
بحصته قيمة المعتق من بدل الكتابة ولم يرفع هاهنا **قلت** انما كان كذلك لان العقد
هناك مضاف الى الكل مقصودا وان كان اولاد المكاتب هناك اتباعا له من وجه ايضا
حتى يعتقون بعتقه ويردون الى الرق بعجزه ولكن جهة المقصودية في الاولاد باقية ايضا باعتبار
اضافة المولى العقد اليهم وان كان القابل هو الاب واما هاهنا وهو الولد المشترى او
الولد المولود في الكتابة فتبع من كل وجه فلذلك اذا اعتقه المولى لم يسقط شيء من البدل
لكونه تبعا من كل وجه وشيء من البدل لا يقابل التبع اعلم ان جنس هذه المسائل التي
عقد الكتابة من اثنين او اكثر على ستة اوجه كتابة العبدين مقصودا وكتابة العبدين مع
كفالة كل منهما عن الاخر وكتابة العبدين مع شرط ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق وكتابة
العبد الحاضر عن نفسه وعن الغائب وكتابة العبد على نفسه وولده الصغار وكتابة الاب
او الولد تبعا لولده او ابيه وهو على نوعين احدهما الولد المشترى والثاني الولد المولود في
الكتابة وهو السابع فيكل واحد منهما مختص بحكم على حدة يمتاز به عن الاخرى اما الاول
مكاتبة العبدين من غير كفالة وشرط بان يكاتبهما على الف درهم مكاتبة واحدة والوارد على هذا
لحكمه انه اذا ادى احدهما حصته من المال يعتق ولا يعتق الاخر وكذلك اذا عجز احدهما لا يكون
عجزا عن حق الاخر واما الثاني فان يكاتب عبدين له مكاتبة واحدة على الف درهم وكل واحد منهما
كفيل عن الاخر ففي هذه الصورة كان كل واحد منهما كفيلا عن الاخر وهاهنا وفي الثالث
لو ادى احدهما ما يخصه من الاخر لا يعتق بخلاف الاول واما الوجه الثالث فهو ان يقول
المولى ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق فحكمه انه لا يعتق واحد منهما ما لم يصل الى المولى
جميع الالف بخلاف الاول واما الوجه الرابع فهو ما اذا كاتب الرجل عبدا له على نفسه
وعلى عبد له غائب بالف درهم جاز ذلك استحسانا وكذلك الوجه الخامس وهو ان يكاتب
عبده على نفسه وولده الصغار فانه يجوز لكن الفرق بين هذين الوجهين من انه اذا مات
الحاضر ليس للمولى ان يطالب الغائب بشيء من البدل وفي الوجه الخامس اذا مات الاب ولم

بمنزلة الولد المولود في الكتابة على النجوم بمنزلة الولد المولود في الكتابة بخلاف الوجه الرابع واما الوجه السادس
[redacted]

بضمان النجارة في الحال لا بضمان الكفالة فيتاخر الى عتقهم وهذا اذا زوجها العاقد واما اذا اراد الرجل
ان يتزوج امراة فاخبر رجل انها حرة ولم يزوجها اياه وتزوجها الرجل على انها حرة فاذا هي امة وقد ولدت
فيضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع الزوج على المخبر بشيء لانه ما التزم شيئا انما اخبر بخبر كان كذبا وذلك
لا يثبت له حق الرجوع كما لو اخبر ان الطريق امن فسلك فاخذه اللصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة
اذا اعتقت لانها غرته حين زوجت نفسها على انها حرة وضمان الغرور كضمان الكفالة ولا يواخذهم بالقيمة
اي ولا يواخذ المكاتب اولاده بقيمة يؤديها الى المستحق وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة كما في الحر
وكذلك قول زفر رحمه الله ثم على قول محمد رحمه الله ان كان التزوج عن هؤلاء اعني العبد والمدبر والمكاتب
باذن السيد يغرمهم قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن السيد يغرمهم قيمة الولد والمهر بعد العتق
لان كل دين وجب على المملوك بسبب هو ماذون فيه من جهة المولى يواخذ به في الحال وكل دين وجب عليه بسبب غير
ماذون فيه من جهة المولى فانما يواخذ به بعد العتق فاذا تزوجها وهو يعلم انها امة او زوجها وهو يحسب
انها حرة ولم يعلم منها احد فاولاده رقيق لانه هذا ظن منه والظن لا يغني من الحق شيئا ولان الموجب
لحرية الولد الغرور ولم يتحقق الغرور ههنا هذا كله في باب العبيد من نكاح المبسوط وذكر في شرح
الجامع الصغير لشمس الائمة وفخر الاسلام وقاضي خان والكشاني ان قيمة الاولاد عند محمد رحمه الله يؤديها
العبد والمكاتب بعد العتق لا في الحال لان هذا ايضا اشار في الكتاب بقوله لان حق المولى هناك مجبور
بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق لانه يشارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور
يشاركه في حكمه وهو حرية الاولاد بل حاجة المملوك الى حرية ولده اظهر من حاجة الحر لانه ربما يتطرق
بها الى حرية نفسه واداء هذا الشرط من الحر من المملوك اولى فاذا اخبر قيمة الولد عند محمد رحمه الله رجح
بذلك عليهما لان الغرور حصل بهما وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور الى اخر ولان ما الحمل
هناك بصفة حرفانه جزء منه واما يصير رقيقا باتصاله برحم الامة وههنا ماء العبد رقيق كنفسه والحاجة
الى اثبات الحرية لمائه وما يصير لا يبقى ما كان على ما كان لا يصلح للايجاب ما لم يكن يوضحه ان الحاجة هناك
الى الترجيح عند التعارض لان اعتبار جانب مائه يوجب حرية الولد واعتبار جانب ما به يوجب رق الولد
جعلنا الغرور دليلا مرجحا وههنا الحاجة الى الايجاب للحرية دون الترجيح وما يصلح مرجحا لا يصلح موجبا
كذا في نكاح المبسوط فيبقى على الاصل ولا يلحق به اذ حال الماء ههنا في محل ثم من ذلك بنحو ما ذكره من
الدليل اي لما لم يكن المولود بين الرقيقين في معنى المولود بين حر ورقيق لما ذكرنا من الدليل بقي المولود
بين الرقيقين على ما يقتضيه اصل القياس وهو ان يكون تابعا لامه فيبقى رقيقا كامه ولا يلحق المكاتب
بالحر حتى يكون ولده حرا بالقيمة وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بان اشتراها بغير اذن المولى يتعلق
بقوله وطئ اي وطئها بغير اذن المولى اما هو ماذون في تملكها بالشراء وغيره لانه مكاتب والمكاتب غير ممنوع
عن شراء الجارية وغيرها فسمة التقييد بغير اذن المولى انما يظهر فايدته في حق اثبات مثل هذا الحكم في اذن
المولى بالطريق الاولى لانه لما كان يواخذ المكاتب بالعقر في حال كتابته بسبب الوطئ بغير اذن المولى لان
يواخذ به في حال الكتابة عند اذن المولى بالوطئ بالطريق الاولى الا ترى انه يفترق هكذا فيما اذا وجد الوطئ
في النكاح فانه لو كان ماذونا بالنكاح فنكحها ووطئها يواخذ بمهرها في الحال ولو لم يكن ماذونا به لا يواخذ
بالمهر في الحال بل يوخر الى ما بعد العتق او ان فايدة قوله بغير اذن المولى هي الفرق بين الوطئ بطريق الملك
بالشراء وبين الوطئ بطريق النكاح فان حكم العقر يفترق في حق المواخذة على ما ذكرنا وههنا وان وطئها
على وجه النكاح اي بغير اذن المولى للنكاح وكذلك الماذون سواء كان قنا او مدبرا وهذا العقر من
توابعها اي وهذا العقر الذي وجب على المكاتب بسبب وطئ المشتراة من توابع التجارة فانه لو وطئها
قبل ان يشتريها كان عليه الحد دون العقر وما يجب بسبب الشراء يكون ضمان التجارة وما يترتب عليه
حكمه ايضا حكم ضمان التجارة وان كان هذا بلا مال ليس بمال الا ترى ان العارية والهدية اليسيرة والضيافة
اليسيرة لما كانت من توابع التجارة التحقت بالتجارة وان كانت تبرعا حقيقة كما في الفصل الثاني في وجوب
العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء وليس من الاكتساب نصا حتى يتناوله حكم الكتابة
فلم يكن التزامه داخلا في ولاية المكاتب بغير اذن المولى فيتاخر الى عتقه كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله

فصل مسائل هذا الفصل نوع اخر من جنس مسائل الفصل الاول فلذلك فصله بفصل

يتعلق به ما لا يفسخه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا اشارة الى قوله لانه من اهل ان يكاتب
او لم يكن من اهل الاعتاق **فان قلت** فقد ذكر في اصول الفقه ان المكاتب لا يملك التسري وكذا
ذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله [illegible]
[illegible] له ولد من امته حتى يدخل في كتابته **قلت** نعم كذلك الا ان المكاتب في ملكه [illegible]
[illegible]

فان قلت [illegible]

قلت [illegible]

اذا ما المكاتبة ... في الحقيقة حر منها فيعتق بمقامه في اداء الكتابة الا انه
[illegible]

فان قلت [illegible]

قلت [illegible]

كل ذلك على العقد ... الكتابة ... فالحاصل ان الكتابة في
جانب المكاتب ... الحبرة
لا بيت ... الاعتاق الى

وو صلها بالدار وصارت ام ولد له سواء صدقته المكاتبة ام كذبته لان للمولى في رقبتها حقيقة الملك
وللمكاتبة حق الملك فرجحت الحقيقة على الحق فثبت من غير تصديق بخلاف ما اذا ادعى ولد امة المكاتبة حيث
ثمة لا يثبت النسب الا بتصديق المكاتبة لان للمولى حق الملك في اكسابها دون حقيقة الملك فيحتاج الى التصديق
كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وما له من الملك بفتح اللام اي والذي له من الملك يكفي لصحة
الاستيلاد بالدعوة وهذا لانه لما كفى للمكاتب ادنى منه في مكاتبته بدليل عدم جواز اعتاقه لصحة
الاستيلاد حتى يثبت النسب منه عند الدعوة فلان يكفي للمولى ما له من الملك وهو اقوى بدليل جواز اعتاقه
لصحة الاستيلاد اولى على ما قدمنا اشارة الى ما ذكر قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت
احق باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ولو ولدت ولدا اخر لم يلزم المولى الا ان يدعي ولا يقال ينبغي
ان يلزم المولى هذا الولد بدون الدعوة لانه ولد ام الولد يلزم المولى بدون الدعوة لانه ولد ام الولد
وولد ام الولد يلزم المولى بدون الدعوة لانا نقول ذلك في ام الولد التي لا يحرم وطيها واما ام الولد
هذه يحرمة الوطي باعتبار الكتابة فلذلك لا يلزم نسب ولدها الا بالدعوة وذكر في مبسوط فخر الاسلام
رحمه الله وهذا الذي ذكره بان نسب الولد الاخر لا يثبت بدون الدعوة فيما اذا امضت الامة على الكتابة
اما اذا لم تمض عليها بل عجزت نفسها ثم ولدت ولدا فانه يلزمه المولى بدون الدعوة لانها صارت ام ولد
حل وطيها فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر اولاد ام ولد واذا كاتب المولى ام ولده جاز **فان قلت**
ينبغي ان لا يجوز على قول ابي حنيفة رحمه الله لان ام الولد غير متقومة عنده وما ليس بمتقوم كيف يجوز ان يكون
بدل الكتابة وهو متقوم **قلت** ان لم يكن هي متقومة لكن هي مملوكة للمولى وعقد الكتابة
يرد على الكتابة المملوك ليتوسل به الى ملك اليد والمكاسب في الحال والحرية في ثاني الحال لحاجة ام الولد
الى هذا لحاجة عنها يوضحه ان موجب الكتابة مالكية اليد في المنافع والمكاسب للمكاتب وام
الولد مملوكة للمولى يدا وكسبا فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل ولان مالكية منافعها محترم
وان لم يكن ام الولد مالا متقوما وقد احتبس ذلك الملك عندها بمعنى عقد من جهته فيكون مضمونا
عليها عند الاحتباس بالبدل وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب
احد الشريكين عند القاتل بعفو الاخر يلزم بدله وكذلك هاهنا جاز ان يوجد البدل بالكتابة بمقابلة
ذلك الملك المحترم وان لم يكن متقوما في نفسه الى هذين المعنيين اشار في باب مكاتبة ام الولد من
عتاق المبسوط عتقت بالعتاق لانها يسلم لها الاولاد والاكساب اي بعتق الاولاد وتخلص لها الاكساب لان الكتابة
انفسخت في حق البدل حتى سقط البدل عن المكاتبة كما اذا انفسخ عقد المكاتبة يسقط بدل الكتابة عن المكاتب
وبقيت في حق الاكساب والاولاد حتى كانت المكاتبة احق باولادها واكسابها من المولى كما عند بقاء الكتابة
كانت المكاتبة احق باكسابها ولكن عتق اولادها هاهنا لانهم كانوا داخلين في كتابتها بالشراء او بالولادة
في حالة الكتابة وقد ذكرنا ان من دخل في كتابة غيره بطريق التبعية كان له حكم المتبوع يعتق بعتق
المتبوع بمعنى وان انفسخت في حق الام تبقى الكتابة على الام لا للام بل لاولادها فانما قال هكذا
دفعا لشبهة ترد وهي ان القول بالاستتباع في الحرية والرقبة بالام انما يكون ان لو كانت الاولاد متصلة
بالام في حالة الحرية والرقبة وهاهنا الاولاد منفصلة عن الام بحالة عتق الام فكيف يعتق الاولاد بعتق
الام عند موت المولى فاجاب عنه بهذا فقال هذا عتق الاولاد التبعية فلذلك عتقوا بعتقها
فتحقق الكتابة في حق الاولاد لهذا المقصود وان بطلت الكتابة في حق الام في حق البدل والنظير لما
ذكرنا وهو ان ينفسخ الكتابة في حق الام في حق بدل الكتابة حتى يسقط عنها وتبقى الكتابة في حقها في حق الاولاد
والاكساب وذكر في باب مكاتبة ام الولد من عتاق المبسوط في حق ام الولد التي كوتبت ولو اشترت
ابنا لها عندنا لم يكن ان يتبعه لانه صار داخلا في كتابتها فان بالكتابة ثبت لها نوع مالكية فاذا كان
لها نوع مالكية ثبت مثل ذلك لولدها وقد بينا ان من يكاتب عليها يكون مملوكا للمولى حتى اذا اعتقه نفذ
عتقه وانها وابوها في ذلك سواء الا انها اذا ماتت عن هذا الابن المشترى فعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يسعى
على النجوم كالابن المولود في الكتابة وعند ابي حنيفة في القياس يباع هذا الولد في الكتابة لانه انفصل عنها
قبل ثبوت امية الولد فيكون فيها ولم يثبت حق امية الولد لهذا الولد فيباع بعد موتها في الكتابة
كسائر اكسابها بخلاف المولود في الكتابة فانه ممن لزمها لانه انفصل منها وهي ام ولد مكاتبة وفي الاستحسان

زاد المال بزيادة الاجل لم يكن فضلا من كل وجه فلا يكون فيه حكم الربا لانه ظهر النقصان في الموضعين
من كونه عقدا وكونه فضلا ولو كان النقصان في احد الموضعين لكان شبهة ولما كان في الموضعين
جميعا صار شبهة الشبهة او نقول ان الربا يقتضي المجانسة اذ هي احد وصفي الربا ولا مجانسة بين
ثمانية وبين الاجل والمال في عقد هو عقد من وجه دون وجه كان ذلك شبهة الشبهة فالمعتبر
الشبهة دون شبهة الشبهة **فان قلت** فيعلي قوله ولان عقد الكتابة عقد من وجه
دون وجه لما ان ذلك عقد جرى بين المولى وعبده ولا ربا بين المولى وعبده يشكل بما ذكره في اخر صلح
المبسوط من عدم جواز بيع المولى من مكاتبه درهما بدرهمين فان ذلك لا يجوز لانه ربا **قلت** ذلك في
الربا لان المكاتب كالاجنبي من وجه فيجري بينهما صريح الربا فاما هذا وهو حط بعض المال بمقابلة التعجيل
ليس بصريح الربا ولهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة في جوازه بين الحرين فجوزه ابن عباس رضي الله عنهما
وابطله زيد وابن عمر رضي الله عنهم وانما فيه شبهة الربا فكان ضعيفا فيما بين الحرين فلهذا لم يظهر
بين المولى والمكاتب ولذلك لو كاتبه المكاتبة الف درهم فصالحه بزيادة على ان اخره سنة فهو جائز
ولا يجوز بين الحرين لان زيادة المال بمقابلة زيادة الاجل بمنزلة حط بعض المال بمقابلة
حط الاجل فيما بقي وهذا لان الكتابة عقد ارفاق والمقصود ايصاله الى العتق لا حقيقة المعاوضة
فيجري بينهما من التوسع فيما يؤدي الى تحصيل هذا المقصود ما لا يجري بين الحرين كذا في اخر صلح
المبسوط والجامع الصغير للمحبوبي ولم يعتبر الورثة اي التاجيل لان المريض لم يتصرف في حق الورثة
في التاجيل وكان لم يرد ولانه تاجيل المال الى اخر حق الورثة الى مضي الاجل وفيه ضرر عليهم
فلا يصح بما هو من حقهم لما ان ضرر التاجيل كضرر الابطال الا ترى ان المريض اذا اجل دينا له على اجنبي
يعتبر من الثلث كما لو ابرا كذا في المبسوط فانه يؤدي ثلثي العتق وهو الف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون
وثلث درهم والباقي الى اجله وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم لان له اي للمريض يعني ان للمريض
ان يترك تحصيل ما زاد على قيمة العبد فيجوز له ايضا ان يترك وصف ما زاد على القيمة وهو التعجيل
لانه لما جاز له ترك اصله جاز له ترك وصفه بالطريق الاولى الا ترى انه لو كاتبه على قدر قيمته
او زاد الزيادة على قيمته لا يعتبر من ماله وانما يعتبر من ماله الالف فلا يصح في ذلك تاجيله في ثلثي الالف
ويصح في الزيادة كما لو خالع امرأته على مال فانه يصح تاجيله من جميع المال لان له ان يطلقها بدون المال
في المبسوط ومن اصل محمد رحمه الله ان ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من ان لا يملكه اصلا
فاذا ملكه مؤجلا اثبت للاولى انه حق الاعراض على اصله حتى اجرى عليه احكام الابدال من حق الاخذ
بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس في المطالبة بيانه ان ذلك ان رجلا اذا باع دارا قيمتها الف
بالفين فان الشفيع ياخذ الدار بجميع المسمى وهو الالفان لا بالقيمة وكذلك لو باعها المشتري
مرابحة يبيعها مرابحة على الفين ولو ادى المشتري الفا وماطله في الالف الاخرى كان للبائع ان يحبس
وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل وذلك لان بدل الكتابة قوبل بما هو متقوم ولذلك كان
لهم البدل حكم المبدل في تعلق حق الورثة ويعتبر كان قيمته كانت الفي درهم ولا يصح تاجيله الا في ثلث
الالفين بخلاف بدل الخلع لانه قوبل بما ليس بمال فلا يتعلق بحق الورثة فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل
وهو منفعة البضع ونظير هذا اذا باع المريض داره الى اخره اصل اختلافهم هذا في مريض باع دارا
قيمتها الف بثلاثة الاف الى سنة الى اخره وعندهما يعتبر الثلث بقدر القيمة اي يقال للمشتري
اما ان تعجل ثلثي القيمة وهي الف حالا والا فانقض البيع لما بينا من المعنى اراد به ما ذكره من الدليل
في الطرفين من قوله لان له ان يترك الزيادة الى اخره ادى ثلثي القيمة حالا او تركه رقيقا في قولهم
جميعا والفرق لمحمد رحمه الله بين المسالة الاولى وبين هذه المسالة ان الزيادة في المسالة الاولى على
القيمة كانت حق المريض حتى كان يملك اسقاطها فكذا كان يملك تاجيلها واما هاهنا وقد وقفت
الكتابة على الف من قيمته فلا يملك اسقاط ثلثي القيمة فكذا لا يملك تاجيله لان المحاباة هنا في القدر
وهو اسقاط الف درهم والتاجيل وهو تاجيل الف درهم فاعتبر الثلث هاهنا اي يصح تصرف المريض
في ثلث قيمته وهو ستمائة وستون وثلثا درهم في حق الاسقاط وفي حق التاخير لكنه لما سقط ذلك
الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة وهو الف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلثا

[illegible]

[illegible]

فان قلت [illegible]

قلت [illegible]

درهم لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير فلذلك كان للورثة حق مطالبة مثلي القيمة وهو مائتا
حالا وذكر الامام قاضي خان في هذه الصورة لانه تبرع باسقاط احد الالفين وتأخير الالف الاخرى
فيصح في الثلث ويبطل في الزيادة هذا كله من الجامع الصغير لقاضي خان والله اعلم بالصواب

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها
وقدم احكام الاصيل لان الاصل هو ان يتصرف المرء لنفسه واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم
اي قبل الحر الاجنبي عقد الكتابة لمولى العبد عن عبده فضوليا وصورة المسألة ان يقول الحر
لمولى العبد الغائب [illegible] وقيد بالحر للاحتراز عن المسألة التي تليها وهي قوله واذا كاتبت العبد
عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه او لاثبات حكم التبرع في العبد القابل بالطريق الاولى يعني ان تبرع
الحر ببدل الكتابة بقوله على اني ان اديت اليك الفا فهو حر تبرع على ما ذكر في الكتاب فاولى ان
يكون قبول العبد عن عبد آخر ببدل الكتابة تبرعا بالطريق الاولى فكاتبه المولى على هذا يعتق باداءه
اي باداء القابل بحكم الشرط يعني ان هذه الكتابة تامة في حق ما يجب للعبد بالكتابة وهو حرمة
البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القابل وموقوفة على اجازة العبد في حق لزوم البدل فلما بلغ
العبد صار مكاتبا فان قال العبد لا اقبله ثم ادى القابل الالف لم يعتق لانه ارتد العقد برده
كذا روي عن محمد رحمه الله كذا ذكره الامام التمرتاشي لان الكتابة كانت موقوفة على اجازة
اجازة العبد لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف الى اجازة من له الاجازة كالفضولي
اذا قبل عقد النكاح للغائب فاذا قبل كان مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
ولو وكله العبد بذلك نفذ عتقه عليه فكذلك اذا اجاز بعد العقد وهذا لان بدل الكتابة
لا يجب في ذمة القابل لانه جعل نفسه معبرا عن العبد فانه اضاف العقد اليه فقال المولى كاتب
ولانه لم يضمن البدل ولو ضمنه لم يلزمه فان كفالة الحر ببدل الكتابة باطل فبدون الضمان
كيف يلزمه واذا لم يلزمه البدل لا يمكن الزامه العبد قبل قبوله فيتوقف على قبوله كذا في الجامع
الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمه الله لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط في تعليق العتق اذ لم
يتوقف العتق باداء القابل اي لعقد الكتابة وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب يعني هي المسألة
التي لم يقل فيها على اني ان اديت اليك الفا فهو حر **فان قلت** ما الفرق بين هذا
وبين البيع فان في البيع يتوقف العقد على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وهاهنا لا يتوقف فيما له
ويتوقف فيما عليه **قلت** لان هاهنا يملك المولى ايجاب ما يثبت له بعقد الكتابة
وهو العتق بغير رضاه وللاجنبي كذلك يملك ايجاب الحرية للمكاتب ان يؤدي بدل كتابته بعتق
باداءه فلذلك اعتبر قبول الاجنبي هاهنا فيما له ان لم يكن يعتبر فيما عليه فلما اعتبر فيما يجب له
عتق باداءه بخلاف البيع فان القول بانعقاده فيما يجب له دون ما يجب عليه دون ممكن لانه
معاوضة من كل وجه فيقتضي المساواة من الجانبين ولذلك يتوقف هناك فيما له وفيما
عليه وكذلك لو قال في صورة المسألة كاتب عبدك على الف درهم فكاتبه يصح الكتابة
ويعتق عن المأمور في هذه الصور كلها **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين قوله
اعتق عبدك على الف درهم فاعتقه فانه هناك يقع العتق عن الآمر وهاهنا يقع الكتابة
عن المأمور **قلت** وجه الفرق يجيء بعد هذا في تقرير هذه المسألة لانه متبرع لانه
لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى قلنا ان اداه
بحكم الضمان وهو ان يقول كاتب عبدك على الف على اني ضامن يرجع عليه لانه ادى بضمان
فاسد فان الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وان ادى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع حصل له
مقصوده وهو عتق العبد فلا يرجع لكن تبرع باداء الثمن على المشتري وهو تبرعه وهذا ان
ادى كل بدل الكتابة وان ادى البعض له ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان ان ادى
بضمان فظاهر وان ادى بغير ضمان فلذلك لانه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان حكم
الاداء موقوفا فيرجع كمن تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان له ان يسترد من البائع [illegible]

الثمن

بقوله وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ولا يعتقون لانه لولا هذا الوضع لكان لقائل ان
يقول مثل هذا الوضع اذا ادى احد الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر [illegible]

[illegible]

باب كتابة العبد المشترك

قوله [illegible]

[illegible]

فان قيل [illegible]

[illegible]

قلنا [illegible]

[illegible]

على نصيبه غير متناول لنصيب الساكت وكان نصيب الساكت باقيا على حاله فلما وطيها الثاني
وجاءت بولد وادعاه الثاني كانت دعوته مصادفة لملكه من حيث الظاهر وهو ان يبقى
على كتابتها فكان وطيها واقعا في ملكه لان الذي حدث من العجز انما حدث وبعد
صحة الدعوى فلا يبطل حكم النسب الثابت ظاهرا كما في ولد المغرور فان ولد المغرور حر
بالقيمة لانه حين استولدها كانت حرة في الظاهر وحكم بانه حر الاصل والا ان ابنه والذي
حدث من الاستحقاق ظهر بعد فلا يبطل الحرية الثابتة من حيث الظاهر فلذلك ههنا
ويضمن شريكه اي شريكه الثاني كمال عقرها وذكر في المبسوط ولم يذكر حكم العقر ثم قال
انه على رواية هذا الكتاب يوجب نصف العقر على الثاني ونصف العقر على الاول فيكون
احدهما قصاصا بالاخر ثم قال وقد بيّنا في كتاب الدعوى ان الاصح وجوب جميع العقر
على الثاني ثم يكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول نصف العقر على الثاني وبينا
قول ابي يوسف ومحمد رحمه الله هناك ايضا انه حين استولدها احدهما صار الكل ام ولد
له وهي مكاتبة فلا يصح الاستيلاد من الثاني بعد ذلك ولا يثبت النسب منه بالدعوة وذكر
الامام قاضي خان رحمه الله وحاصل الاختلاف راجع الى ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يتجزى واجمعوا على انه لا يتجزى في القنة ويتجزى
في المدبرة لهما ان تكميل الاستيلاد واجب ما امكن وقد امكن في القنة وامكن تكميله ههنا
بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخت يصير قنة واستيلاد القنة لا يتجزى ولابي حنيفة
رحمه الله لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تحتمل النقل من ملك الى
ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد رضيت بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولم ترض
بحرية آجلة بجهة الاستيلاد واذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا يفسخ الا بفسخ المكاتبة ولهذا
قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبة ابنه لا يصح وان امكن تصحيحه بفسخ الكتابة اذا عرفنا
هذا فنقول اذا صارت كلها ام ولد للاول عندهما لا يصح استيلاد الثاني لانه استولد ام ولد
الغير واذا لم يثبت نسب الثاني عندهما لا يضمن الثاني قيمة الولد ويضمن الثاني عقرها
كاملا للاول لانه وطئ ام ولد الغير ويضمن الاول نصف قيمتها ونصف عقرها
للثاني لانه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره وعند ابي حنيفة رحمه الله استيلاد
الاول قبل العجز اقتصر على نصيبه فيصح استيلاد الثاني لانه صادف ملكه من حيث الظاهر
الى اخره **قوله** رحمه الله وقيمة الولد اي ويضمن شريكه الثاني لشريكه الاول قيمة ولده
لانه بمنزلة المغرور لانه استولد مملوكة الغير لانه بعد العجز لما صارت كلها ام ولد للاول كان
استيلاد الثاني استيلاد ام ولد الغير **فان قيل** فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني
قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة رحمه الله لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد
عند ابي حنيفة رحمه الله فكذا لابنها **قلنا** قد قيل هذا الجواب على قولهما واما عند
ابي حنيفة رحمه الله فينبغي ان لا يضمن شيئا من قيمة الولد لان حكم الولد حكم الام فلا يضمن
باسباب الضمان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي ام ولد للاول وقال الامام
المحبوبي رحمه الله وعندهما حين استولدها احدهما صارت ام ولده وهي مكاتبة له كلها
حتى يعتق باداء بدل الكتابة الى المستولد الاول والاستيلاد بعد ذلك من الاخر باطل لان
امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وهذا يحتمل هي في القنة بالاجماع للامكان
وفي المكاتبة ممكن ايضا لان الكتابة قابلة للفسخ فيفسخ الكتابة وذلك لان الاستيلاد
طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فلذلك ما كسبت بالفعل لو نقول الاستيلاد
اثبات النسب وانه لا يتجزى في الحقيقة فوجب تكميله اذا امكن وقد امكن ههنا لان الكتابة
تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمل الفسخ فرجحنا الاستيلاد على الكتابة **وقوله** فيفسخ فيما
لا تتضرر به المكاتبة اي فيفسخ الكتابة فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا ضرر
لها في كونها ام ولد فانه يعتق حيث لم تبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما

[illegible]

وزاد اي فيما وراء ما انفسخ في حق ما لا يتضرر بالانفساخ وهو كونها احق باكسابها واكساب
ولدها وسقوط الحد عن الثاني في وطئه بخلاف التدبير اي الكتابة تخالف التدبير من حيث
ان الكتابة قابلة للفسخ والتدبير غير قابل له فلذلك اذا استولد الشريك الثاني بعد
استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده لانا قلنا ان امومية الولد يجب تكميلها ما
امكن وها هنا لا امكان فلذلك يجري الاستيلاد ها هنا مقصورا على نصيبه بخلاف المكاتبة وهذا
جواب عما قاس ابو حنيفة رحمه الله ان استيلاد احد الشريكين في المكاتبة المشتركة يقتصر
على نصيبه لانا اجمعنا ان المدبرة اذا كانت مشتركة فاستولدها احدهما يقتصر الاستيلاد ولا يتسع
في الكل فلما قبل الاستيلاد التجزي بالتدبير فيقبل التجزي بالكتابة ايضا لان المعنى يجمعهما وهو
ان بالتدبير خرجت من ان تكون قابلة للنقل من ملك الى ملك فكذا بالكتابة تخرج عن كونها
قابلة للملك ولهذا لا يجوز بيع المكاتب ولا بيع المدبر ولا وجه الى فسخ الكتابة لانه انما يصار
اليه عند الضرورة والضرورة ها هنا منعدمة ولهذا لا تنفسخ الكتابة في استيلاد الاب جارية
ابنه وبخلاف بيع المكاتب اي لا يفسخ الكتابة لضرورة تجويز البيع بخلاف فسخها لضرورة الاستيلاد
ولان المكاتب يتضرر في فسخ الكتابة بدون رضاه في البيع وقد قلنا انه يفسخ فيما لا يتضرر به
المكاتب فلذلك قلنا بانه لا يجوز بيع المكاتب بدون رضاه عزاه لا يجب الحد عليه للشبهة
وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة رحمه الله او انها بقي مكاتبة بينهما
فيما يتضرر به بالاجماع على ما ذكرنا في وطي مكاتبته لا يجب الحد وان كانت مشتركة بينه وبين
اخر واذا انفسخت الكتابة اي فيما يتضرر بفسخ الكتابة كما في عدم كونها احق باكسابها وصار كلها
مكاتبة له اي للاول فقيل يجب عليها نصف بدل الكتابة وذكر الامام قاضي خان رحمه الله ثم
عندهما لما صار كلها ام ولد للاول قبل العجز اختلف المشايخ بعد ذلك قال الشيخ الامام ابو منصور
الماتريدي تبقى مكاتبة بنصف بدل الكتابة لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط
نصف بدل الكتابة فتبقى مكاتبة بالنصف وقال عامة المشايخ تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة
لان انفساخ الكتابة امر ضروري فلا يظهر فيما عدا التمليك فبقي العقد الاول كما كان ولهذا
اوجب ابو يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة وقيل يجب كل البدل اي كل بدل الكتابة عليها
للمستولد الاول لا في حق التملك ضرورة وهي تكامل الاستيلاد وفي ابقائه اي في عقد الكتابة
في حقه اي في حق نصف بدل الكتابة نظر للمولى وهو المستولد الاول لظهور اختصاصه
على ما بينا اي في تعليل قول ابي حنيفة رحمه الله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف
نصف قيمتها مكاتبة يعني في قياس قوله في اعتاق المكاتب بين اثنين فان عنده يضمن قيمة
نصيب شريكه مكاتبا وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من
الكتابة فهي قياس تلك المسألة ينبغي ان يكون الحكم هكذا في هذه المسألة يضمن الاقل
من نصف قيمتها اي مكاتبة يجب اقلهما لانه متيقن ولانه لو بقي من البدل درهم اذا كانت
قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا
الاقل كذا ذكره صدر الاسلام واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها اي بعدما استولدها
الاول اما عندهما فظاهر اي بطلان تدبير الثاني ظاهر عندهما لعدم الملك لان المستولد له
الاول تملكها وانفسخت الكتابة فبطل التدبير فلا يصح تدبير الثاني لان تدبير ام ولد الغير
لا يصح واما يشكل على قول ابي حنيفة رحمه الله حيث جوز الاستيلاد من الثاني ولا يجوز التدبير
منه والفرق ان الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر وذلك يكفي لثبوت النسب
دون التدبير الا ترى انه لو اشترى امة واستولدها ثم استحقت يبطل التدبير وهذا افترقا
كذا ذكره الامام المحبوبي وحمل الاستيلاد على ما بينا اي في تعليل قول ابي حنيفة رحمه الله وهو
قوله او سبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الاستكمال لقيام المصحح وهو الملك
في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان استيلاده كان عند قيام الكتابة فصح استيلاده في المكاتبة
بالاجماع ووجه ما بينا ان في تعليل القولين وقد ذكرنا قول ابي حنيفة رحمه الله واما قولهما

وهو

وهو قوله انه لما ادعى الاول صارت كلها ام ولد له الى الحجة والجواب عنه اي في اعتاق احد
الشريكين العبد المشترك على الخلاف في الرجوع فان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا ضمن الساكت
المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع المعتق على العبد وفي الخيارات فان عند ابي
حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع المعتق على العبد
فالشريك الساكت من الخيارات الثلاث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء
ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما للشريك الضمان في اليسار والسعاية في الاعسار وفي
الولاء وفي رد الاستسعاء فان عند ابي حنيفة رحمه الله ان اعتق الساكت او استسعى
فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما الولاء للمعتق في الوجهين جميعا اعني
العتق والاستسعاء العبد واما في رد الاستسعاء فانه لا يرى الاستسعاء في اليسار لان
لان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا يسعى العبد في نصيب الساكت
وابو حنيفة رحمه الله يراه كما هو مبنا له تجزي الاعتاق فانه اذا اعتق نصفه عنده صار
فيها العتق نصيبه عنده لا غير واما عندهما يعتق الكل يعني كما ان مبنا له تجزي الاعتاق
وعدمه على الخلاف فكذلك هذه الاشياء الثلاثة وهي الرجوع والخيارات والولاء على
الخلاف ايضا فكان فيه اشارة الى ان الخلاف في هذه الاشياء الثلاثة بنا على مسألة التجزي
الاعتاق وعدمه واما قبل العجز فلشريكه ان يضمن المعتق عنده يعني انما يتحكم الضمان
بعجز المكاتبة في المسألة بقوله وان كانت بين رجلين كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه الى اخره لان من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان العتق يتجزي وكان اعتاق
نصف المكاتبة لا يورث الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما اورثته الكتابة فكان اوجبت
مكاتبة لان اثر اعتاق النصف عنده ان يصير النصف الاخر بمنزلة المكاتب وهي كانت
مكاتبة قبل الاعتاق فكان اعتاق المعتق تحقيقا لكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز لانه
لا يظهر اثر الاعتاق فيها لبقاء نصيب الساكت كما كان فاذا عجزت حينئذ يظهر اثر الاعتاق فيها
لانها لما عجزت المكاتبة وصارت امة اوجبت الاعتاق السابق فسادا في نصيب الساكت
كما يوجب في القنة وهو انه انسد عليه باب التمليك بالبيع والهبة وغيرهما وهو فساد
فيها وصار ذلك الاعتاق السابق تعديا الان فيضمن لصاحبه نصف قيمتها ويرجع عليها
بما ضمن لما ذكرنا من اصله ان المعتق اذا ضمن يرجع بذلك على العبد لان الباقي لم يعتق باعتاقه
وانما يعتق بالضمان ومنفعته اداء به يعود اليها فيرجع عليها وعندهما لما كان الاعتاق لا
يتجزى عتق كله للحال ويضمن قيمة نصيبه للحال ايضا ولا يرجع عليها بما غرم لان الكل عتق باعتاقه
منه فلا ان الاعتاق لا يتجزى كذا في شرح الجامع الصغير البيع واشباهه وهي الهبة
والصدقة والارث والوصية والاستخدام واشباهه وهي الاجارة والعارية والوطي والاعتاق
وتوابعه والكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان
وسقط الضمان ضمانا يخلو له الاعيان تملكه كما في غصب المدبر وذكر الامام قاضي خان رحمه
الله وقيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة لان منافع المملوك ثلث الاستخدام والاسترباح بالبيع
وقضاء الديون من ماليته بعد الموت وبالتدبير يفوت منفعة واحدة وهي منفعة الاسترباح
فينقص ثلث قيمته وبالاستيلاد يفوت منفعتان منفعة الاسترباح ومنفعة قضاء الديون
بعد الموت وتبقى منفعة واحدة وهي منفعة الاستخدام فتوزع القيمة على ذلك وكان اختلفه
احدهما او لان للاخر الخيارات الثلاث وهي خيار التضمين وخيار الاعتاق
وخيار الاستسعاء فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير صير مبرئا
للمعتق من الضمان للمعتق وهو ان نصيبه كان قنا حين اعتق المعتق وكان تضمينه اياه
متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوته ذلك التدبير بخلاف الاول فانه لم يكن نصيبه
كان مدبرا حين اعتق المعتق فلا يكون بشرط التضمين تملك العين منه كما ذكره الامام المحبوبي
فان قلت لا يشترط تملك العين في جميع الضمانات بل يكون الضمان بدون تملك العين

كما في غصب المدبر ولم يشترط هاهنا وهو ما اذا اعتقه احد الشريكين او لاجرته ...
العبد وحق المضمن بل كان ينبغي ان يضمن المدبر العتق لان العتق ... العبد باعتاق
[illegible]

قلت

[illegible]

ثمنه ... كان او ... تمييز صاحبه واعتاق الاخر بعد ذلك باطل
وان اعتق احدهما ... كان من ... تدبيرا لاخر بعد ذلك باطل وان كان المعتق
موسرا ... ان كان معسرا يسعى العبد ... والله اعلم بالصواب

باب حكم موت المكاتب وعجزه وموت المولى

ناخر باب احكام هذه الاشياء في موت المكاتب وعجزه وموت المولى ... الان هذه
الاشياء ... عقد الكتابة ... لبيان احكامها اعلم ان المكاتب اذا مات عن مال وعليه
دين ... من امراة حرة ... المكاتبة عن امته ...
... في العين وتفاوتت في الفرقة
... لوصيته واصل ... قوله تعالى
... العين اقوى ... الجناية لانه كان ... في حقوقه والجناية
... الا بقضا القاضي او بفوت الدفع ... الخلف عن ذمته في سوق الحق
... كان ... متصرفا في نفسه فهو اقوى ... الجناية اقوى من

الكتابة لان الكتابة ليست بدين متقرر فانه يتمكن من اسقاطها عن نفسه بان يعجز نفسه والضعيف
لا يلزم القوي ولهذا قدمت الجناية ثم بعد هذا الكتابة فاذا اديت الكتابة حكم بحريته في حال
موته وحرية من كان تبعا له في الكتابة ولهذا كان الباقي ميراثا لجميع اولاده كذا في باب موت
المكاتب من عتاق المبسوط النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ومنه قول الشافعي
رحمه الله اقل التاجيل نجمان اي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث
عمر رضي الله عنه انه حط عن مكاتب له اول نجم عليه اي اول وظيفة من وظائف بدل الكتابة
ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية اذا اداها نجوما ومنه قوله التنجيم ليس بشرط وتقول نجمت
المال اذا اديته نجوما قال زهير يُنَجِّمُهَا قوم لقوم غرامة ولم يهريقوا بينهم ملء محجم
كذا في المغرب والصحاح كاتبه للخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه عليه الحكم ثم ادعى الدفع
بيّنة حاضرة انه يؤخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب
التعجيل دون التاخير وكذا هاهنا كذا ذكره الامام المحبوبي والاصل فيه قصة موسى عليه
الصلوة والسلام مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا في رد صاحب
الزرع من الخيار ثلاثة ايام للاختيار اذا ابوالي على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا
المردود والمعلق بالشرطين لا يترك عند وجود احدهما كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله واولى
المردما توافق عليه العاقدان يعني انه اذا انكسر النجم الاول صار المال حالا والعجز عن البدل
في الحال لا يثبت الا بعد مضي التاجيل من حيث لا يلتي العذر وينكشف له من الاداء واحق الاجال
ما توافق عليه العاقدان فاذا انقضى النجم الثاني ولم يؤد المال الا ان يتحقق العجز عن ادائه
فيفسخ لوجود مدة التاجيل التي اتفق عليه العاقدان فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه اي
يفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا لبقا الكتابة بعد ذلك النجم الذي شرطه او يفسخ
القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على ما ذكرنا من اختلاف الروايتين
من الرجوع ان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة واراد المولى ان يفسخ وان لم يرض
المكاتب بالفسخ يفسخ المولى العقد بنفسه ففيه روايتان في رواية لا يصح فسخه ويحتاج
فيه الى قضا القاضي وفي رواية يصح فسخه والاثار متعارضة هذا جواب عن ما تمسك
به ابو يوسف رحمه الله بقول علي رضي الله عنه فان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما
يعارضه على ما ذكر في الكتاب فسقط الاحتجاج بها اي بالاثار للتعارض لان الحديثين
اذا تعارضا وجهل تاريخهما نسخا قطعا فصار الى ما بعدهما من الحجة نبقي ما قال من الدليل
بقوله ان سبب الفسخ قد تحقق الى اخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به او يقول
ان في حديث علي رضي الله عنه بيان ان حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه حق الفسخ
عند كسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا الى قيام الدليل وقد قام الدليل
وهو ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما فان ذلك كالمروي عن النبي عليه الصلاة
لان ما يقوله الصحابة من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس والى هذا اشار الامام
المحبوبي رحمه الله فقال احل الغارس ثم ذكره اذا ترك موضعه الذي عينه الامير له ثم
استعمل احل هاهنا في ترك اداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه
وانا بها عند عذر السلطان اي عند عذر القاضي فلو لم يرض به العبد لا بد من القضاء
بالفسخ في المبسوط وفي حديث علي رضي الله عنه وهو قوله اذا اجتمع على المكاتب نجمان
رد الى الرق وكذلك في حديث ابن عمر رضي الله عنهما دليل على ان للمولى ان يفسخ الكتابة
عند عجز المكاتب من غير ان يحتاج فيه الى المرافعة الى القاضي فيكون حجة على ابن ابي ليلى رحمه
الله لانه يقول لا يرد في الرق الا بقضاء القاضي فان العجز لا يتحقق بدون القضاء لان المال
غاد ورائح وجعل هذا العجز نظير عجز العنين عن الوصول الى امراته ثم الفرقة ثم هناك
لا تكون الا بقضاء القاضي ولكنا نقول العقد تم بتراضيهما والمولى ما رضي بلزوم هذا
العقد الا بشرط فاذا فات عليه ذلك الشرط يتمكن من فسخه لانعدام رضاه به بخلاف النكاح

[redacted]

فانه لا يعتمد تمام الرضا وبخلاف الرد فانه لا يعتمد تمام الرضا وبخلاف الرد بالعيب بعد القبض
لان المشتري ينفرد بالرد بالعيب وقبل القبض لفوات شرطه فهو اصل لنا فاما بعد القبض فقد
قامت الدلالة لنا على تمام الصفقة بالقبض وبعد تمام الصفقة لا ينفرد بالفسخ لحاجته الى
نقض القبض التام ونقل الضمان الى البائع وقد ذكرنا اختلاف الروايتين من الذخيرة
فيما اذا عجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ ففسخ المولى العقد بنفسه ففيه
روايتان في رواية لا يصح فسخه بدون قضاء القاضي وفي رواية يصح ووجه الرواية التي قال
قضاء القاضي ليس بشرط ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة
بالاداء لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء احكامه فيشبه من هذا الوجه ما لو وجد
المشتري عيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ ولا يحتاج فيه الى قضاء القاضي
فهنا كذلك ووجه الرواية الاخرى ان هذا عيب تمكن في احد العوضين بعد القبض لان
المكاتب بعقد الكتابة صار في يده فاشبه من هذا الوجه ما لو وجد المشتري بالمشتري عيبا
بعد القبض وهناك المشتري لا ينفرد بالفسخ كذا هنا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه
لانه ان ادى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب وان عجز فللمولى فهو ميراث لورثته اي لورثته الاحرار
ويعتق اولاده اي اولاده المولودون في حال الكتابة او المشترون في حال الكتابة اما انشئت
اي المتون ووجه الى الاول وهو ان لا يعتق المكاتب بعد الموت لعدم المحلية وذلك لان المحل
لشرعية العتق ابتداء كما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز
ان يستند العتق الى حال حياته لان المتعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي اسناده الى حال حياته
اثبات العتق المتعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء وهذا بخلاف ما اذا مات المولى
لان المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد
ولانه لو بقي العقد بعد موت المولى يعتق بالاداء الى الورثة وصار المولى معتقا له ويجوز
ان يكون الميت معتقا لا يجوز ان يكون معتقا الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي
كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا وكذلك لو اوصى بان يعتق عبده بعد موته كان صحيحا
ولو اعتق كان المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له ويكون ولنا انه عقد معاوضة فقيد
به احترازا عن عقد النكاح والوكالة وغيرهما لا يبطل بموت احد المتعاقدين وقيد به احترازا
عن عقد الاجارة لان عقد الاجارة عقد معاوضة ولكن يبطل بموت احد المتعاقدين وعقد
الكتابة عقد معاوضة لا يبطل بموت المولى فينبغي ان لا يبطل بموت العاقد الاخر ايضا
كالبيع وعكسه الاجارة بيانه اذا قلنا اذا لم ينفسخ بموت احد العاقدين ينبغي ان لا ينفسخ
بموت العاقد الاخر كما في البيع لما ان قضية مطلق المعاوضة التسوية بين العاقدين ولهم
لا ينبغي في هذا ان لكنه يدعي ان في موت المكاتب فوات المعقود عليه وليس كذلك فان المعقود
عليه في جانب العاقد مطلق العقد والرقبة لا تسلم له بمطلق العقد انما السالم له ما للبيد
اليد في المعقود عليها وقد سلمت له بنفس العقد واضافة العقد الى الرقبة لا تدل على ان
المعقود عليه هو الرقبة كما تضاف الاجارة الى الدار والمعقود عليه المنفعة والرجوع عند
الفساد بقيمة الرقبة ليس لان المعقود عليه هو الرقبة كما تضاف الاجارة الى الدار والمعقود
عليه المنفعة والرجوع عند الفساد بقيمة الرقبة ليس لان المعقود عليه هو الرقبة ولكن
لان ما هو المعقود عليه لا يتقوم بنفسه وهو مالكية اليد فصار الى قيمة اقرب الاشياء اليه
كما في الخلع يصار الى رد المقبوض عند فساد التسمية لان ما هو المعقود عليه غير متقوم بنفسه
اذا جاز ان يجعل المولى بعد الموت كالحي حكما حتى يصير معتقا فلان يجوز ان يبقى المكاتب حيا
حكما حتى يؤدي كتابته فيصير حرا وهذا لان المملوكية ابقى بحال الميت من المالكية لان المملوكية
عبارة عن الضعف والمالكية ضرب قوة والضعف بحال الميت ابقى من القوة والدليل
على جواز ابقاء مملوكيته بعد موته لحاجته ان كون العبد بعد موته على مولاه ولا سبب لاستحقاقه
عليه سوى المملوكية والاصح ان نقول نحن انما يبقى المالكية بعد موت المكاتب لما بينا ان العقد

الكتابة

[illegible]

بادي فالمقبوض طيب للمولى بالكل بالاجماع لان سبب الملك قد تبدل واختلاف الاسباب نزل منزلة
اختلاف الاعيان اصله حديث بريرة رضي الله عنها والمعنى فيه ان الخبث كان لسبب انه من اوساخ الناس وقد
بطل ذلك بتبدل السبب بخلاف الفقير اذا اباح لغني او هاشمي عين ما اخذ من الزكوة من الطعام لا يحل
لان الملك لا يتبدل وان عجز المكاتب وفي يده صدقات وزكوات اخذها هل يحل لمولاه تناولها وهو غني او هاشمي
ذكر في الجامع ضمان المكاتب انه طيب في الوجهين جميعا اما على قول محمد رحمه الله فلا اشكال انه يحل لان المذهب
عنده ان المكاتب اذا عجز يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا اجر
نفسه ثم عجز فكذلك في مسالتنا وجب ان يحل كما في مسالة الاداء واما ابو يوسف رحمه الله يجعل العجز
تاكيد الحق المولى فلا يطيب له لان عنده المكاتب اذا عجز لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ بل كان
له نوع ملك في اكسابه وبالعجز تاكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا قال
المكاتب اذا اجر نفسه ثم عجز لا تنفسخ الاجارة والصحيح انه طيب له عند الكل لانه لا خبث في الصدقة
وانما حرمت على الغني والهاشمي كرامة لهما وصيانة لهما عن الذل الحاصل بقبول الصدقة من غير ضرورة
واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز يقال لمولاه ادفعه او افده لان المولى لا يصير
مختارا للفداء بعقد الكتابة لانه لم يكن عالما بالجناية وقت الكتابة الا انه تعذر عليه الدفع بفعله وانما
قيد بتعذر الدفع بفعله احترازا عما لو تعذر الدفع بدون فعله فان مات لا يجب على المولى شيء لا القيمة
ولا الارش لانعدام قيمته كما لو باع وهو لا يعلم بالجناية الا ان المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل
حق ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع من الدفع فيخير بين الدفع والفداء ثم كان
اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة
وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة
ومن ارش الجناية الاخرى ان في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه
احق بكسبهما كذا في باب جناية رقيق المكاتب من عتاق المبسوط بخلاف هذا ان موجب جناية المكاتب لازم على
نفسه دون سيده لان تعذر الدفع باعتباره ولم يفضر به اي بموجب الجناية فلا فرق بين الامثال
والصورة والحكم الا ان في الاول كانت الجناية قبل عقد الكتابة وهاهنا وحدث الجناية بعد عقد الكتابة
وان قضي به عليه في كتابته اي وان قضي بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته فهو دين اي بقدر قيمته
الكتابة دين على المكاتب وهو قول زفر رحمه الله للجواب في الفصلين واحد يباع في قيمته الا ان
يقضي المولى عنه لان المكاتب ليس محل للدفع وجنايته لا تتعلق برقبته ولكنها توجب القيمة كجناية المدبر
وام الولد الا ان هناك القيمة على المولى لان الحق في كسبهما له وهاهنا القيمة على المكاتب في ذمته لان
الحق في كسبه له فاذا عجز كان دينا عليه يباع فيه كسائر الديون وحاصله ان جناية المكاتب عندنا
لا تصير مالا الا بالقضاء او بالموت عن وفاء او بالصلح عن رضاء عندنا وهو قول ابي يوسف رحمه
الله اولا موجب جنايته قيمته لان المانع من الدين قائم وهو الكتابة ولنا الاصل في جناية
الرقيق الدفع وانما تجب القيمة عند العجز عن الدفع والمانع من الدفع هاهنا هاهنا مترددا لاحتمال
انفساخ الكتابة فلا يصير مالا الا بعضا في رقبته لامكان الدفع فيدفعه المولى او يفديه كما لو جنى
بعد العجز وهو نظير المغصوب بابق فان قضى القاضي بقيمته ثم رجع كان ملكا للغاصب وان لم
يقض حتى رجع كان ملكا للمغصوب منه ويرد فارق المدبر وام الولد لانه ليس فيهما توهم الدفع فان التدبير
او الاستيلاد ليس بمعرض الفسخ ولهذا كان موجب الجناية في الابتداء هو القيمة الى هذا اشار الامام
خان والمحبوبي رحمهما الله ولم يثبت الانتقال اي انتقال الحق من الدفع الى القيمة الى انتقال حق المكاتب
نعم الناس اذا الكتابة بسبب الحرية وسبب الحرية حق المرحمة يعني ان الحرية حق العبد والكتابة
سببها فيكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان لرجل دين على آخر **قوله** رحمه
الله ويقال له اد المال الى ورثة المولى على نجومه **فان قلت** ما وجه الفرق بين هذا وبين
ما تقدم في قوله واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره
فانه يؤدي ثلثي القيمة حالا وكذا ذكرنا فيه اي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا وذكر هنا ان المكاتب
يؤدي بدل الكتابة الى ورثة المولى على نجومه اي مؤجلا لا حالا **قلت** وجه الفرق معروف

منها في وضع المسألة حيث وضع المسألة ههناك في المريض وههنا اطلق وكان محمولا على حالة الصحة
لان ذلك هو المطلوب من الاحوال والمرض من العوارض وبه صرح في المبسوط وحاصله ان العبد المريض
كما ثبت اختصاصه بثلث المال في حق الاسقاط ولذلك انحصر تصرفه في حق التاجيل الى الثلث وتصرف الصحيح
لما صح في حق بدل الكتابة في حق الاسقاط فلذلك يصح تصرفه في كله في حق التاجيل فلذلك لم يبطل التاجيل
في كل بدل الكتابة بموت المولى اذا كانت الكتابة في حال الصحة وقال في اول باب مكاتبة المريض من
مكاتبة المبسوط واذا كاتب عبده في مرضه كان على مكاتبته مثله لا مال له غيره ثم مات المولى فانه يقال
للمكاتب عجل الثلثين من المكاتبة والثلث عليك الى الاجل فان لم يعجل رد رقيقا لان التاجيل تبرع منه
وتبرعه في مرضه بالمال حكمه حكم تبرعه في الاسقاط فلا يصح الا في ثلثه بخلاف ما اذا كاتبه في صحته لان التاجيل
هناك مطلقا لكونه مالك التبرع بالاسقاط في صحته فلا يبطل الاجل بموت المولى لانه حق المكاتب الا ان
الورثة يخلفونه في الاستيفاء اي ولهذا العذر لا يتغير الحق كما اذا كان له دين على رجل ومات رب
الدين فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه فان المعتق منهم اضاف العتق الى ما لا
يملكه فلا ينفذ منه ولا يسقط به حصته من البدل ايضا لانه اضاف التصرف الى ما لا يملكه ولا يظهر
حكمه فيما يملكه كاحد الشريكين في العبد اذا اعتق نصيب شريكه يكون لغوا منه ولا يفسد الرق به في نصيبه
وان اعتقوه جميعا عتق هذا جواب الاستحسان واما في القياس فلا ينفذ اعتاقهم ايضا كما لا ينفذ
اعتاق واحد منهم ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لانما فيهم التصرف الى ما ليس ملك لهم وفي الاستحسان
يعتق ويجعل هذا بمنزلة الاقرار منهم باستيفاء بدل الكتابة ومعنى هذا ان المكاتب انما يعتق لعدم قيام
المولى بايفاء بدل جميع بدل الكتابة وقولهم هو حر يكون اقرارا منهم بما يحصل به الحرية له وهو ايفاء
بدل الكتابة بخلاف ما اذا قال ذلك بعضهم لانه لا يعتق شيء منه بايفاء نصيب احدهم من بدل الكتابة
فلا يتضمن كلامه الاقرار باستيفاء نصيبه يوضحه ان عتق جميع المكاتب مسقط لبدل الكتابة
عنه فيمكن اعمال كلامه بطريق المجاز وهو ان يكون اسقاطا منهم لبدل الكتابة ومع تعذر العمل بحقيقة
الكلام يعمل بالمجاز اذا امكن بخلاف ما اذا اعتق بعضهم لان عتق البعض لم يشرع مسقطا عنه شيئا من
الكتابة بخلاف ما اذا اعتق كله فعند تعذر العمل بحقيقة كلامه يجعل مجازا عن تملكه ولهذا كان لهذا كله
في باب مكاتبة المكاتب من عتاق المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

٥ كتاب الولاء ٥ ٥ ٥٥

ايراد كتاب الولاء بعد ذكر المكاتب ظاهر المناسبة لانه اثر من اثار العتاق وفيه ايضا تفاؤل لما فيه
من احكام ثمرة المكاتب وهو المرجح لايراده ههنا دون عقيب العتاق اذ ذاك [illegible] هناك من غير ترديد
على الاطلاق واما ايراد ولاء الموالاة فلان له مشاركة لولاء العتاقة في اللفظ والحكم اما اللفظ فظاهر
فان كلا منهما يسمى ولاء وكذلك الحكم فان كلا منهما سبب الارث واما محاسن الولاء فظاهرة فان فيه مجازاة
الاحسان بالاحسان وهي سنة من سنن الكرم وما سن الله تعالى من الاحسان فهو حسن لذاته
ولان فيه شكر المنعم وحسن شكر المنعم بالغ مبلغا لا يجري فيه الفسخ ولان فيه تقوية الضعيف
ونصرة اللهيف والتحاما بلحمة الانتساب لا يأوي ولا يوسد اخر بالاعزاز اليهما اشار النبي عليه
الصلوة والسلام في قوله وان مات ولم يدع وارثا كنت عصبته وقوله الولاء لحمة كلحمة النسب
فنحتاج ههنا الى بيان الولاء لغة وشرعا وسببه وحكمه واضافته اما اللغة فان الولاء مشتق
من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة والموالاة به لان حكمها
وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص
في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة واما شرعا فالولاء عبارة عن التناصر سواء كان ذلك ولاء عتاقة
او ولاء موالاة ومن اثار التناصر العقل والارث وعن هذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما
التناصر وقد كانوا في الجاهلية يتناصرون باسباب منها الحلف والمحالفة فالشرع قرر حكم التناصر
بالولاء واما ما ورد في الحديث نهى عن بيع الولاء وعن هبته فيحتمل ان يراد به صلاحية كون المعتق وارثا
وان يراد بيع ما يحصل من تركة المعتق وهي معدوم فلا يجوز بيعه واما سببه فما ذكر في الكتاب ونذكر هذا

في معنى الولاء لغة

بيان معنى الشرعي للولاء

سبب الولاء

ما يوضحه واما حكمه فذكر في الذخيرة حكم هذا الولاء الارث واما اوصافه فكل من حصل له العتق من جهة
انسان يثبت ولاء المعتق منه سواء شرط الولاء ام لم يشترط او تبرا عنه وسواء كان الاعتاق ببدل او بغير بدل
وسواء حصل العتق بالاعتاق او بالقرابة او بالكتابة عند الاداء او بالتدبير او بالاستيلاد بعد الموت وسواء كان
العتق حاصلا ابتداء او بجهة كفارة اليمين وما اشبهها لان ظاهر قوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق
عام لانه ذكره بكلمة من بحرف المعنى في الارث هو المعتبر بالاعتاق احيا العتق حكما لان الرقيق هالك حكما لانه
لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تتعلق بالاحيا نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى
العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق ثبتت هذه الاحكام في حقه فكان الاعتاق سببا لثبوت احكام الاحيا
في حقه فكان احياء حكما فكان المعتق بمنزلة الاب له حكما فيرث منه كما يرث الاب كذا في الذخيرة الولاء نوعان
اي الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة ويسمى ولاء العتاقة بولاء النعمة اقتداء
بكتاب الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه
بالعتق والاية نزلت في زيد بن حارثة مولى رسول الله عليه الصلوة والسلام كذا في المبسوط وسببه العتق
على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق ويستدلون
بقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه يعتق وكان مولى له
بلا اعتاق ههنا والاصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال
ولاء الاعتاق كذا في المبسوط والذخيرة واما قوله عليه الصلوة والسلام الولاء لمن اعتق فكان الولاء ايضا هناك
للمعتق الاعتاق فان في الاعتاق عتقا لا على العكس فكان قول من قال سببه العتق مشتملا للصورتين فكان
اولى لان العتق بالعموم اي فيه تحقيق مقابلة الغنم بالغرم من المعقول لان معنى الاعتاق لا يختلف بسبب
اهل المال يقال عتق سائبة اي معتق بلا ولاء بينه وبين معتقه فان شرط انه سائبة اي اعتق ولا يدخل عنده
وشرط ان لا يرثه فالشرط باطل بل هو للمولى اوقع الاعتاق على جميع اجزائه مقصودا فيكون معتقا للجنين
الا انه جزؤها مقصودا ايضا كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله وان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه الى نفسه
في حرة او ليا اوردي عن عمر رضي الله عنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت فعتقت عتق الولد فعتقها
واذا اعتق ابوه جر الولاء ويه ناخذ لان الولد جزء من اجزائها وهي حرة بجميع اجزائها فينفصل الولد منها حرا ثم
الولاء كالنسب والولد ينسب الى ابيه بالنسب فكذلك في الولاء لا يكون منسوبا الا الى من ينسب اليه ابوه والولد بعد
العتق ينسب الى معتقه بالولاء وكذلك ولده واستدل على اثبات جر الولاء بحديث الزبير ايضا فانه ابصر بخيبر فتية
لعسا اعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض اشجع الحرقة بضم
الحاء المهملة وفتح الراء العنب لبطن من جهينة فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال
رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل على ان الولد منسوب
الى موالي امه ما لم يظهر له ولاء من جانب ابيه فاذا ظهر بالعتق جر الاب ولاء الولد الى مواليه وهذا لان في
النسب الولد المنسوب الى امه اذا لم يكن له نسب من ابيه لعلم من كالولد من الزنا وولد الملاعنة بعدما انقطع نسبه
من ابيه ثم اذا ظهر له نسب من جانب الاب بان اكذب الملاعن نفسه صار الولد منسوبا اليه وكذلك في الولاء
قال رجل العس اذا كان في شفته سمرة ومنه حديث الزبير فتية بنت ذي الرمة لها في شفتيها حوة لعس
وفي الكتاب وفي اثباتها سبب اللاحمرة دون اللعس والحوة السواد والشنب برد الفم والاسنان وقيل الرقة
والعذوبة وقوله فيه لعسا بيان للاحيم وقوله اعجبه ظرفهم اي ملاحتهم وقيل كياستهم من كان هذا اللون
كان ليس عادة كذا في المبسوط وفي المغرب او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر اي ولدت احد الولدين
ما بين اعتاق الام وولادة احد الولدين اقل من ستة اشهر بيوم مثلا اي لعتق التوأمان مقصودا ايضا لان التوأمين
خلقا من ماء واحد فمن ضرورة التيقن بوجود احدهما حين اعتقت التيقن بوجود للاخر فحصل من هذا ان الحمل
اذا اعتق امة وولدها او كانت حبلى حين اعتقها او اعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او ولدت
ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر بيوم وقد اعتق الاب رجل اخر لا يجر ولاءه الى الاب ابدا بل كان الولد مولى
للذي اعتقه مع امه دون من اعتق اباه اما اذا كان الولد منفصلا فهو مملوك لمالك الام فيتناوله مقصودا
والولد اذا صار معتقا مقصودا او لا العتق لا يكون تبعا للاب وكذلك ان كانت حبلى به على ما ذكرنا الا ان هذا اشكل في الجنين
لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا بخلاف ولاء العتاقة فان الجنين يصير مقصودا بالاعتاق والولاء له

نعمة

جر الاب ولاء ابنه

ط

محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار مقصودا بالولاء لا يمكن ان يجعل تابعا للجنين في الولاء اما هاهنا لا
يثبت للجنين ولا بنفسه وان كان موجودا في البطن لانه ليس بمحل لعقد الموالاة عليه لان تمام عقد الموالاة بالايجاب
والقبول وليس لاحد ولاية الايجاب والقبول على الجنين فكان تابعا في الولاء فيجعل تابعا للاب لان الاب
هو الاصل في الولاء ولو كان لهما اولاد صغار وقد ولدوا قبل الاسلام فاسلم الاب على يد رجل ووالاه
ثم اسلمت المراة على يد رجل ووالته فان ولاء الاولاد لمولى الاب بالاجماع لان الاب حين عقد الولاء على
نفسه فقد عقد على ولده الصغير ايضا لان له ولاية مباشرة العقد على الصغير حتى ان ولاء الصغير اذا كان
ثابتا للصغير بعقد الام فان اسلمت قبل الاب ووالت رجلا فاذا اسلم الاب بعد ذلك ووالى رجلا
يجر ولاء الولد الى الاب فاذا كان ولاء الصغير ثابتا اولى لموالي الاب لان يبقى كذلك بعد اسلام المراة
وموالاتها رجلا كان اولى كذا في الذخيرة بخلاف الاول وهي فيما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر فان
الاب اذا اعتق هناك لا يجر ولاء ابنه وهاهنا يجر الولاء لحمة كلحمة النسب اي شابك ووصل كوصله
كذا في المغرب لا يباع ولا يوهب اي لا يباع ولا يوهب وبهذا ناخذ دون ما روي عن سليمان بن
يسار انه كان مولى لميمونة فبعث للحارث فوهبت ولاءه لابن العباس وهذا لان الهبة عقد تمليك عين
شيء مملوكا يضاف اليه عقد الهبة ليصح التمليك وليس للمعتق على معتقه شيء مملوك وعلى هذا لو تصدق
بولاء المنافقة او اوصى به لانسان فهو باطل وكذلك لو باع فهو باطل لما قلنا ولان المبيع يستدعي
مالا متقوما والولاء ليس بمال متقوم ولذلك لا يورث الولاء في نفسه ولكن يورث به كالنسب والارث
قد يثبت فيما لا يحتمل البيع والهبة كالقصاص فاذا كان الولاء لا يورث فلان لا يتحقق فيه البيع والهبة
اولى وكان شريح رحمه الله يقول الولاء بمنزلة المال ولسنا ناخذ بهذا وما يدل على هذا الاختلاف ان ميراث
المعتق بالولاء بعد العتق يكون لابن المعتق دون ابنته عندنا وعند شريح رحمه الله بين الابن والابنة
للذكر مثل حظ الانثيين فهو يقول الولاء اثر من اثار الملك ولهذا يثبت بالعتق وقد يقع بعد الملك وسعي بعده
وهذا معنى قوله الولاء بمنزلة المال ولكنه ضعيف فان النبي عليه الصلوة والسلام قال الولاء لحمة
كلحمة النسب والنسب لا يورث وانما يورث به فكذلك الولاء ولا يثبت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية
في المعتق ونفي المملوكية فكيف يكون الولاء وهذا لان ثبوت العتق باحداث قوة المالكية في المعتق
ونفي المملوكية فكيف يكون من اثار الملك هذا كله من ولاء المبسوط فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه
قوله الا عنه اي العبد في ذلك مسالتنا في حق جر الولاء الى نفسه حيث يثبت الولاء اليه بعد ان لم يكن له
نظير مسالة ولد الملاعن ينسب اليه الولد بعد الاكذاب بعد ان لم يكن الا انتساب اليه واما في حق
رجوع قوم الام على قوم الاب بما عقلوا الولد فيقتصر فان على ما يجيء في الكتاب بقوله ولا يرجعون على
عاقلة الاب بما عقلوا الى اخره وقوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق الى اخره
متعلق بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه يعني ان الامة اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر
ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن تمام
السنتين عن موت او طلاق سواء كان طلاقا باينا او رجعيا ثم اعتق زوجها في الطلاق لا يجر ولاء
ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر وذلك ان الحمل يبقى سنتين
في المعتدة من طلاق باين او موت فلا يستند العلوق الى ما بعد الطلاق بل يستند الى ما قبل الطلاق
وهو وقت النكاح وحل الوطء وقت العتاق كان اعتاقا في الامة متناولا للحمل مقصودا وقد
ذكرنا ان المعتق اذا تناول الجنين مقصودا لا يجر الولاء الى مولى الاب بعد ذلك وان وجد عتق الاب
والى هذا اشار في المبسوط وقال واذا اعتق الرجل امته وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر
وقد اعتق الاب رجلا اخر كان الولد مولى للذي اعتق امه لان الجنين في اعتاقها يعتق معها
وقد تيقنا بوجوده في وقت العلوق فاما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر ولم يتيقن ان
هذا الولد اعتقت فكان مولى لموالي الاب فيتعارض هذا لان الحمل اذا كان بين الزوجين فانا نسند
العلوق الى اقرب الاوقات اذ لا ضرورة في الاسناد الى ما وراءه الا اذا كانت معتدة من موت او طلاق
فحينئذ اذا جاءت به لتمام سنتين منذ يوم مات او طلق فالولد مولى لموالي الام لان الحمل يبقى سنتين
في المعتدة من طلاق باين او موت فيستند العلوق الى ابعد الاوقات لضرورة الحاجة الى اثبات

النسب

ط العتق

النسب واذا احكم بذلك ظهر ان الولد كان موجودا في البطن حين اعتقت ولذلك اذا كانت معتدة
من طلاق رجعي لا يثبت الرجعة بالشك ومن ضرورة اثبات النسب الى سنتين من غير ان يجعل مراجعا الحكم
بان العلوق قبل الطلاق وان جاءت به لاكثر من سنتين كان الولد مولى لموالي الاب فصار مراجعا
ان العلوق حصل بعد الطلاق وان كانت اقرت باقرارها بانقضاء العدة فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر بعد
الاقرار بعد ذلك ولتمام سنتين منذ طلق فالولد مولى لموالي الام لانا علمنا مجازفتها بالاقرار بانقضاء
العدة حين اقرت وهي حامل فيستند العلوق الى ابعد الاوقات ولا يصير مراجعا الا ان جاءت به لاكثر
من سنتين منذ طلق فحينئذ يصير مراجعا لان اقرارها بانقضاء العدة صار لغوا حين تيقنا انها كانت حاملا
حينئذ فكان ولاء الولد لموالي الاب لانا لم نتيقن بكونه موجودا في البطن حين اعتقت ولا يصير مقصودا
بالولاء الا بذلك **قلت** وبهذا كله يعلم ان الصحيح من لفظ الكتاب في قوله بخلاف
ما اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لسنتين من وقت الموت او الطلاق كما هو لفظ المبسوط
ووقع في عامة النسخ فجاءت بولد لاكثر من سنتين تثبت الرجعة لا محالة ويكون الولد مولى لموالي الاب على
ما ذكر في المبسوط وحاصله ان العلوق لا يتصور بعد الموت والطلاق البائن على اي وقت كانت
الولادة بعدها ثم بعد ذلك لو ولدت الامة ولدا بعد العتق لا يخلو عن ثلاثة اوجه اما ان ولدت
ولدا بعد العتق لاقل من ستة اشهر او لاكثر منه الى تمام السنتين او لاكثر من سنتين ففي الاول كان الولد مولى
لموالي الام لا ينتقل عنهم لوجود الولد بعد العتق لا محالة فكان عتقه مقصودا فلا ينتقل وفي هذا حكم الموت
والطلاق البائن والطلاق الرجعي سواء وكذا في الوجه الثاني في حكم هذه الثلاثة واحد فيما اذا كانت
معتدة حيث يكون الولد مولى لموالي الام فلا ينتقل الى موالي الاب واما في الوجه الثالث وهي ما
اذا ولدت الامة ولدا لاكثر من سنتين من وقت الموت والطلاق البائن والطلاق الرجعي ففيه يخالف
حكم الطلاق الرجعي كان الولد مولى لموالي الاب لتيقننا بمراجعته وكان علوق الولد بعد الطلاق فكان
مولى لموالي الاب وفي الموت والطلاق البائن كان الولد منسوبا الى الام لا الى الولد لعدم تصور العلوق
لاكثر من سنتين فلذلك كان الولد مولى لموالي الام ثم لا ينتقل عنهم وهو العتق اي عتق الاب مقصور غير مستند
الى وقت سابق فلذلك حكمه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق فيتبين باكذابه نفسه
انه ثابت النسب منه من حين علق وقوم الام كانوا مجبرين على اداء الارش فلا يكونوا متبرعين وذلك
فلذلك يرجعون كذا في المبسوط العجم جمع العجمي وهو خلاف العربي وان كان فصيحا كذا في المغرب
ومن تزوج من العجم اي غير العرب بمعتقة من العرب الى اخره وفي المبسوط واذا كانت الام معتقة
انسان والاب حر مسلم نبطي لم يعتقه احد فالولد مولى لموالي الام في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وكذلك ان كان الاب والى رجلا وعند ابي يوسف رحمه الله في الفصلين لا يكون الولد مولى لموالي الام
ولكنه منسوب الى قوم ابيه قال وكيف ينسب الى قوم امه وابوه حر له عشيرة وموالي بخلاف
ما اذا كان الاب عبدا وتقرير هذا من وجهين احدهما ان العبد رقيق بجميع اجزائه وماؤه جزء منه
فانما ثبت بالحرية معاينة باتصاله برحمها فلهذا كان الولد مولى لموالي الام حتى يعتق بجميع اجزائه وماؤه
جزء منه فانما ثبت بالحرية بما فيه باتصاله برحمها فلهذا كان الولد مولى لموالي الام حتى يعتق الاب
وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا والثاني بانه لو كان حرا عربيا كان الولد منسوبا الى قوم ابيه ولا
يكون مولى لموالي امه وكذلك اذا كان عجميا لان العرب والعجم في حرية الاصل سواء والثاني ان الولد
ملحق حكما اذا كان الاب عبدا كان حال هذا الولد في الحكم كحال ما لا اب له فيكون منسوبا الى مالكه والعرب
والعجم فيه سواء ووجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان ولاء العتاقة ولاء نعمة وهو قوي معتبر
في الاحكام وللحرية والنسب وحكم العجم ضعيف الا ترى حريتهم تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف
حرية العرب ولان العجم ضيعوا انسابهم الا ترى ان تفاخرهم ليس بالنسب ولكن تفاخرهم كان قبل
الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالدين واليه اشار سلمان الفارسي رحمه الله حين قيل له سلمان
ابن من فقال سلمان بن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان هذا وما لو كان الاب عبدا
سواء وكذلك لو كان الاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فوجوده
كعدمه فاما اذا كان الاب عربيا فله نسب معتبر الا ترى ان الكفاءة بالنسب تعتبر في حق العرب ولا

ظ
فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان
الاب حرا لان الحرية حق باعتبار صفة المالكية

لعتبر في حق العجم والاصل في النسبة النسب فاذا كان في جانب الاب نسب معتبر او ولاء قوي كان
الولد منسوبا اليه واذا عدم ذلك كان الولد مولى لموالي الام واستدل ابو يوسف رحمه الله لعربية
تزوجها رجل من الموالي فولدت له ابنا فان الولد ينسب الى قوم ابيه دون قوم امه فكذلك اذا كانت
معتقة لان كونها عربية وكونها معتقة سواء كما سوينا بينهما في جانب الاب ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله فرقا بينهما وقالا في الفرق لان العربية لم يجر عليها نعمة عتاق ومعنى هذا ان الام اذا كانت معتقة
فالولد ينسب الى قومها بالولاء والنسبة بالولاء قوية معتبرة شرعا واذا كانت عربية فلو انتسب الولد اليها
انما ينسب بالنسبة والانتساب بالنسبة الى الام ضعيف جدا ولذلك بواسطة الام الى ابيها حتى لا يستحق
العصوبة بمثل هذا النسب ولهذا رجحنا جانب الاب لان النسبة اليه بالنسب واذا كان نسبه ضعيفا
لا يستحق به العصوبة ومن تزوج من العجم اي تزوج رجل مسلم من العجم لم يعتقه احد من العرب مولاة
لرجل من العرب حتى لو ترك الولد عمه او اخاله او معتق ابيه فعندهما مال هذا الولد لمعتق امه او عصبة
معتق امه بطريق الولاء وعند ابي يوسف رحمه الله المال لذوي ارحامه بطريق الارث وقال
ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه فلا يكون له ولاء عتاقة بل يورث ماله بين ذوي الارحام
كما اذا كان الاب عربيا لعتق والام معتقة لا يكون ولاء لموالي امه لانه هالك حكما لانه غير مالك
شيئا لان الرق اثر الكفر والكفار موتى والنسب في العجم ضعيف الا ترى ان حريتهم تحتمل الابطال
بالاسترقاق والخلاف في مطلق المعتقة لان وضع المسألة في المبسوط واذا كانت الام معتقة
انسان والاب حر مسلم نبطي كما ذكرنا **فان قلت** في قوله والنسب في حق العجم ضعيف
في تعليلهما اذ ان ثابتهما انما يرجحان ولاء العتاقة اذا كانت المعتقة معتقة العرب لان الولاء لحمة
كلحمة النسب وفي حق العرب قوي فلذلك معتقهم يحكي حكاية النسب وكان قويا فيرجح جنس معتق
العرب على المنسوب في العجم لا مطلق المعتق **قلت** ذلك الضعف والقوة فيما اذا كان
في جانب الاب حتى ان الاب اذا كان عربيا والام معتقة انسان فولاء الولد لقوم الاب بالاتفاق
واما في حق جانب الام ثبت القوة لمجرد كونها معتقة على نسب العجمي الا ترى انهما يعرضا لمطلق ولاء العتاقة
بانه قوي فقال لانا ان ولاء العتاقة قوي حتى ظهرت قوته بان الناس يتفاخرون في العتاق
فان من له اب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له ابوان في الحرية على ما مر في النكاح والاستفادة
في حق الانساب حتى لم يتصل به حق النسب اذا كان له اب واحد في الخلافة او الامارة ولا يكون كفوا
لمن له ابوان فيهما بل هما سواء في الكفاءة فعلم بهذا انهما يرجحان مجرد ولاء العتاقة سواء كان معتق
العرب او العجم على نسب فصح قوله الخلاف وقال ابو يوسف رحمه الله لمواليهم واجمعوا على انهما
لو كانا معتقين او كان الاب معتقا والام مولى الموالاة او كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد منسوبا
للاب لابي يوسف رحمه الله ان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلوة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب
حقيقة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الى الاب في الشرف والزيادة فكذلك في الولاء ولهما ان
ولاء العتاقة اقوى من موالاة لوجهين احدهما من حيث الانفساخ وعدم الانفساخ على ما ذكر
في الكتاب والثاني من حيث المقدم والمتأخر فان مولى العتاقة مقدم على ذوي الارحام ومولى
الموالاة مؤخر عنهم والادنى لا يصلح معارضا للاقوى والى هذا اشار الامام قاضي خان رحمه الله ولو
كان الابوان اي الوالدان لشبهه النسب لقوله عليه الصلوة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب
المعتق جعل انسانا عصبة ومنه قوله والذكر يعصب الانثى اي يجعلها عصبة كذا في المغرب
وهو احق بالميراث من العمة والخالة اي ان مولى العتاقة اخر العصبات وهو متقدم على ذوي
الارحام ومولى الموالاة وهو قول علي رضي الله عنه وهو قولنا وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول
مؤخر عن ذوي الارحام كما **فان قلت** ان قال قائل دل الدليل على انه مؤخر عن
ذوي الارحام كما قاله ابن مسعود وذلك ان النبي عليه الصلوة والسلام قال للمعتق في معتقه
وان مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته فهو شرط لثبوته عدم الوارث وذوو الارحام من جملة
الورثة ولانه عليه الصلاة والسلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا تعدم
عليه بل يخلفه عند العدم فاخرنا عنه **قلت** نعم كذلك الا ان ما ذكر في الكتاب

من

من حديث ابنة حمزة دل على ما قلنا وهو ما روي ان ابنة حمزة اعتقت عبدا فمات المعتق وترك ابنة
فجعل رسول الله عليه الصلوة والسلام نصف ماله للابنة ونصفه لابنة حمزة والباقي بعد نصيب
صاحب الفرض عند عدم العصبة مقدم على حق ذوي الارحام والنبي عليه الصلوة والسلام رد على ما
بقي بعد ابنه الى جعله لمعتقه فجعلنا انه عصبة مقدمة على ذوي الارحام وفي حديثه اشارة الى هذا
لان ابن عصبة متبين بهذا اللفظ ان مراده ولم يدع وارثا هو عصبته وقوله عليه الصلوة والسلام
الولاء كالنسب دليلنا عند التحقيق لان المعتق يضاف الى المعتق بالولاء من حيث انه مسبب لاحيائه فان الحرية
حياة والرق تلف حكما فكان الاب الذي هو السبب لايجاد الولد مستحق العصوبة بهذه الاضافة
لا يستحق العصوبة بالابوة واما قرابة ذوي الارحام فلا يستحق بها الاضافة على كل حال والانسان لا
يضاف الى عمته وخالته حقيقة فكان مؤخرا عن الولاء خلف عن الابوة في حكم العتاقة الاضافة يستحق
العصوبة ثم تقدم العصوبة على ذوي الارحام فكذلك يقدم موالي العتاقة على ذوي الارحام كذا في
المبسوط هو احرز اي من حيث الدين اي شركه فهو حرز له لانه يثاب بمقابلة شكر في الاحلة ويستحق
الثاني ثواب الكفران ان يصل اليك وشر له لان عقاب الكفران يلزمه ولم يترك اي وارثا هو العصبة
بما ذكرنا بدليل الحديث الثاني وهو دليل ابنة حمزة رضي الله عنها فهو اولى اي العصبة من النسب
اولى لما ذكرنا اي لما ذكرنا من تأويل قوله عليه الصلوة والسلام ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
بتأويله اي بتأويل قوله وان لم تكن عصبة فميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان
فله الباقي اعلم ان لهذه المسألة تأويلين احدهما معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض
كالام والجد فان له حالا سوى هذا الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله الباقي اي اما اذا كان
هناك صاحب فرض حال سوى حال الفرض وهي كالاب لمحال العصوبة للاب الباقي بعد فرض
فلا شيء للمعتق بعد ذلك والثاني وهو الاوجه هو ان معنى قوله وان لم يكن له عصبة من النسب
فميراثه للمعتق اي فكل ميراثه للمعتق وبتأويله اي وبتأويل قوله فكل ميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك
صاحب فرض ذو حال واحد كبنت المعتق فله الباقي اي فللمعتق الباقي في بعد فرضه اي بعد
فرض صاحب الفرض معنى البنت وتأويل الاول كان الضميران في قوله الباقي بعد فرضه راجعين الى
قوله صاحب فرض ذو حال وفي التأويل الثاني كان الضميران فيه راجعا الى المعتق المذكور في قوله
فميراثه للمعتق والضمير في قوله بعد فرضه راجعا الى قوله صاحب فرض ذو حال وانما قلنا ان التأويل
الثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله بانه عصبة على ما روينا وهو
اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته فهذا يقطع بالحكم بصحة التأويل
الثاني يقال للعرابة والقبيلة بعث النسبة وقوله وهذا اشارة الى قوله فميراثه للمعتق وصورة
المسألة هي ما ذكر من قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب
ولاء ابنه واما صورة حر ولا معتقين فهي ما ذكره من الذخيرة فقال صورته امرأة اشترت عبدا وتزوج
العبد معتقة قوم باذن المرأة وحدث له منها اولاد فولاء الولد يكون لموالي الام لانه تعذر اثبات
الولاء من جانب الاب فيكون الاب عبدا فيثبت من جانب الام فلو ان المرأة اعتقت هذا العبد جر العبد
ولاء الولد الى نفسه وجرت هي ذلك الى نفسها وهذا لان الاصل في ولاء الولد للاب لان الولاء لحمة
كلحمة النسب وانما يثبت من الام ضرورة تعذر اثباته من جانب الاب لكونه عبدا فاذا اعتق صار حرا
الولاء الى نفسه كما اذا اكذب الملاعن نفسه وصورة حر ولا معتق المعتق امرأة اشترت عبدا واعتقته
ثم ان هذا العبد المعتق اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج معتقة قوم وحدث له منها
اولاد فان ولاء الاولاد لموالي الام فلو ان المعتق اعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده ثم جر
المعتق الاول ذلك الى نفسه ثم جرت المرأة ذلك الى نفسها فالاب يجر ولاء الولد الى نفسه بالاجماع
واما الجد ففي ظاهر رواية اصحابنا رحمهم الله لا يجر سواء كان الاب حيا او ميتا وروى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله انه يجر وصورة ذلك عبد تزوج معتقة قوم وحدث له منها ولد وللعبد اب
ثم اعتق الاب بعد ذلك وبقي العبد عبدا على حاله ثم مات العبد وهو ابو هذا الولد ثم
مات الولد ولم يترك وارثا فميراثه لموالي الام ولو كان جنى كان عقله على موالي الام عند علمائنا

ولم يجر الوالد ولا حافدا الى مواليه وانما كان لذلك لانه تعذر اثبات الولاء من الجد لما ذكرنا ان الولاء
الحق بالنسب شرعا انما يثبت من الجد اذا ثبت من الاب الا ترى ان نسب ولد الزنا اذا لم يثبت من الاب
لا يثبت من الجد وهنا لا يثبت ولاء ولد العبد من ابيه لكونه عبدا فلا يثبت من جده وينسب اليها
اي الى المراة المعتقة من ينسب الى مولاها اي الى معتقها يعني ان المراة كما ينسب اليها ولاء معتقها
فلذلك ينسب اليها ولاء معتق معتقها بخلاف النسب اي لا يثبت الولد الى الام يعني ان ولاء العتاقة يثبت
من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء ووجه الفرق بينهما بالحديث والمعقول اما
الحديث فهو ما ذكرنا من حديث ابنة حمزة وقد ذكرناه فتبين بذلك الحديث ان المراة تكون عصبة
لمعتقها واما المعقول فانه سبب النسبة الى الولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد يتحقق ذلك
منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان النسب هو الفراش يثبت بالنكاح في الاصل والمراة ليست
مثل الرجل في ملك النكاح لانها بصفة الانوثة مملوكة نكاحا فلا يكون مالكة نكاح واذا ثبت انها
اصل في هذا الولاء كان ميراث معتقها لها فلذلك ميراث معتق معتقها لان معتق المعتق ينسب الى
معتقه بالولاء وهي مثل الرجل في الولاء لان سبب العتق على ما بيناه فيستوي هي والرجل في استحقاقه
ذلك لان الولاء لا يورث اي لا يجري في الولاء الارث لانه لو كان استحق المال فيه بالارث لكان للذكر
مثل حظ الانثيين كما في سائر المواريث ولكن يجري فيه الخلافة والخلافة انما يستحق من يتحقق
به النصرة والنصرة انما يكون بالابن دون الابنة الا ترى ان النساء لا يدخلن في المعاقلة تحمل
بحمل الاثقال لعدم النصرة منهن حتى لو ترك الموالي اباه وابنا صورته ما ذكره في المبسوط امراة اعتقت
عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واباها ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة في قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال لابيها السدس والباقي للابن وجه قول
ابي يوسف رحمه الله ان الابوة يستحق بها كما يستحق بالبنوة الا ترى ان الاب عصبة عند عدم الابن واستحقاق
الميراث بالولاء ينبني على العصوبة ووجود الابن لا يكون موجبا حرمان الاب اصلا عن الميراث
الا ترى انه لم يصر محروما عن ميراثها فلذلك ميراث معتقها فهذا يشبه الاستحسان من ابي يوسف
واما القياس فما قال له ابو حنيفة ومحمد لان اقرب عصبة المعتق يقوم مقام المعتق بعد موته
في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون
العصوبة فهو كاستحقاق الابنة نصف مالها بالفريضة مع الاب وذلك لا يكون مزاحما مع الابن
في ميراث معتقها فكذلك ها هنا وكذا الولاء لابن المعتقة حتى ترثه دون اخيها وفي المبسوط
امراة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالمال
للابن لانه اقرب عصبتها مقدم على الاخ بالارث عنها فلذلك بالخلافة في ميراث معتقها
وان جناية تعقله على عاقلة الاخ لان جناية معتقها كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها
فلذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها واستدل عليه بحديث ابراهيم عن علي بن
ابي طالب والزبير ابن العوام اختصما الى عمر رضي الله عنه في مولى لصفية بنت عبد المطلب
ماتت فقال علي عمتي اي بنت عمي وانا ارث مولاها واعقل عنه وقال الزبير امي وانا ارث
مولاها فقضى عمر بالميراث وبالعقل على علي رضي الله عنه وذكر في الذخيرة وان مات المعتق
ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر رواية اصحابنا رضي الله عنهم وميراث
المعتق لبيت المال وبعض مشايخنا كانوا يفتون في هذه المسئلة بدفع المال الى ابنة المعتق
لا بطريق الارث بل لانها اقرب الى الميت من بيت المال الا ترى انها لو كانت ذكرا كانت
يستحق المال وليس في زماننا بيت المال وانما كان بيت المال ثمة في زمان الصحابة
والتي يعين لانه لو صرف ذلك الى سلطان الوقت الا ترى ان الظاهر انهم لا يصرفونه
الى مصارفه وهكذا كان القاضي الامام ابو بكر الزرنجري والامام القاضي صدر الاسلام
وذكر الامام القاضي عبد الواحد في فرائضه ان الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لا يوضع
في بيت المال اليوم كما قلنا بل يدفع اليهما لانهما اقرب الى الميت من غيرهما فكان الصرف اليهما
اولى وكذا الابن والابنة من الرضاع اذا لم يكن للميت غيرهما يصرف ماله اليهما لان ولاء العتاقة

كما يجري بين المسلمين فلذلك يجري بين الذميين حتى ان ذميا اذا اعتق عبدا ذميا كان ولاء
العبد له لان الذمي يرث من الذمي بالنسب فكذا بالولاء الذي لحمة كلحمة النسب ويستوي ان يكون
العبد والمولى يهوديين او نصرانيين او احدهما يهوديا والاخر نصرانيا وان كان المعتق قد
اسلم او كان مسلما في الاصل فميراثه لبيت المال اذا لم يكن للمعتق عصبة من المسلمين اما اذا كان
له عصبة من المسلمين فميراثه لعصبته وعقل المعتق عليه لانه يتعذر ايجابه على المعتق وعاقلته
لان العقل انما يكون بالتناصر والتناصر في غير العرب انما يكون باتفاق الملة فيتعين ان
يكون عليه الولاء للكبر اي لاكبر اولاد المعتق والمراد قربهم نسبا لا الكبر سنا كذا في المغرب
وذكر شيخ الاسلام رحمه الله اي للاقرب الى الميت من حيث النسب لا الاكبر من حيث السن والمعتق
الا ترى ان المعتق اذا مات وترك ابنين الكبرى واصغر ثم مات المعتق فالولاء بين الابنين نصفان
لاستوائهما بالقرب الى الميت من حيث النسب ونوع من المعنى ما عليه وهو ان الولاء لحق والمعتق
انما يستحق بالعصوبة لا بالفرض فيستحقه اقرب العصبات اليه من حيث النسب لا الاكبر من حيث
السن او لانه النكاح لما كانت تستحق بالعصوبة يستحقه اقرب العصبات الى المراة من حيث النسب
لا الكبر من حيث السن وكذا في الولاء والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في ولاء الموالاة

وذكرنا وجه المناسبة وقدم ولاء العتاقة على الموالاة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل للتحول
والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ولان الاجنبي
الملحق يلحق في ولاء العتاقة ولم يوجد مولى في ولاء الموالاة اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه
سبب للارث ولانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فيحتاج ها هنا الى بيان ولاء الموالاة لغة
وشرعا وبيان شرائطه واحكامه اما اللغة فقد ذكرناها في ولاء العتاقة بان الولاء مشتق من الولي
وهو القرب فسمي به لان مولى الاسفل وهو الكافر الذي اسلم يقرب نفسه وماله الى المولى الاعلى الذي
هو المسلم الاصل بعقد الموالاة معه واما بيانه شرعا فقد ذكره في الذخيرة هو ان يسلم الرجل على يدي
رجل فيقول للذي اسلم على يديه او لغيره واليتك على ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك
وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه فهذا هو تفسير ولاء الموالاة واما شرائطه فثلاث احدها ان يكون
مجهول النسب بان لا ينسب هو الى غيره اما نسبته الى غيره فغير جائز والثانية ان لا يكون له ولاء
العتاق ولا ولاء الموالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا الى هذا
اشار الامام التمرتاشي رحمه الله وغيره واما حكمه فهي انه اذا جنى الاسفل جناية تعقله على عاقلة
المولى الاعلى وان مات الاسفل يرثه الاعلى وان مات الاعلى لا يرث الاسفل منه الا اذا اشترط
ميراث المولى الاعلى لنفسه ويدخل في هذا العقد اولاده الصغار ومن يولد له بعد ذلك وان
لبعض الاولاد لو اراد فسخ العقد لم يمكن له ان كان عقل عن احدهم الا برضى المولى وقبل ان يعقل
عنه له الفسخ وليس كذلك سائر العقود الذي يلي الاب على الصغير لانه عقد ضمان ولا يثبت
هذه الاحكام بمجرد الاسلام بدون عقد الموالاة كذا في الذخيرة والجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله
وذكر في المبسوط وسواء اسلم على يديه او اتاه مسلما وعاقده عقد الموالاة كان مولى له والاسلام
على يديه ليس بشرط لصحة عقد الموالاة وانما ذكر على سبيل العادة وكذلك الاسلام على يديه ليس
بكاف لثبوت ولاء الموالاة الا على قول الروافض فانهم يقولون بمجرد الاسلام على يديه يكون مولى له
لانه احياه باخراجه من ظلمة الكفر لان الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو كما لو احياه بالعتق
وعلى هذا يزعمون ان الناس موالي علي رضي الله عنه واولاده بان السيف كان بيده واكثر الناس
اسلموا من هيبته وهذا باطل عندنا فان الله هو الذي احياه بالاسلام بان هداه لذلك
وبيانه في قوله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فرزقناه الهدى وقال تعالى واذ
تقول للذي انعم الله عليه يعني بالاسلام فذلك ان المنعم بالاسلام هو الله تعالى فلا يجوز ان
يضاف ذلك الى الذي عرض عليه الاسلام لانه مباشر نائب عن الشرع مباشر مما يحق عليه لله تعالى
فهو في حقه كغيره من المسلمين لا يكون مولى له فلهذا يعاقد عقد الولاء ثم من اين لهم هذا التحكم

مطلب

ان اكثر الناس اسلموا من هيبة علي رضي الله عنه وهو كان صغيرا حين اسلم الكبار من الصحابة فابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانوا مقدمين عليه في القتال وعز القتال لا يخفى ذلك على من تامل في احوالهم ولكن الروافض قوم بهت لا يحترزون عن الكذب بل يتابعهم هم على الكذب لمراتبه للمولى الاعلى وهو المسلم الاعلى واما اذا مات الاسفل والاعلى حي فميراثه لاقرب الناس عصبة الى الاعلى كما في ولاء العتاقة كذا في الذخيرة وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليست بشيء اي ليس بشيء موجب للارث والعقل والشافعي رحمه الله اخذ بقول الشعبي رحمه الله فانه كان يقول لا ولاء الا لذي نعمة يعني العتاق ونحن اخذنا بقول ابراهيم النخعي رحمه الله بحديث تميم الداري حين سال عمر رضي الله عنه عن رجل اسلم على يديه ووالاه فمات وترك مالا فقال عمر رضي الله عنه ميراثه لك فان ابيت فلبيت المال وهكذا روي عن ابن عباس وابن مسعود وابو احاديث الصحابة رضي الله عنهم حديث تميم رضي الله عنه قال سالت رسول الله عليه الصلوة والسلام عن الرجل يسلم على يدي الرجل الى اخره على ما مر في اول الكتاب في الحالتين اي في حياته عقلا وفي مماته ارثا لانه مستحق لان ورثته بيت المال مجهول لاعيانهم والمجهول لا يصح ان يكون مستحقا لما عرف من مصارف الصدقات وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة اي لا يكون للمولى الا ما بقي **قلت** كان ينبغي ان يكون للمولى الثلث كالموصى بكل ماله لاحد وله وارث معروف فيصح في الثلث لانه خالص حقه يملك وضعه فيمن يشاء نعم ولكنه يعتقد الولاء ما وضع بشيء من ماله له وانما جعله وارثا عنه وفي سبب الوراثة دون القرابة فيترجح الوارث بالقرابة اقوى لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في الارث وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال لعين سبب الارث بخلاف الوصية في الثلث فانها خلافة في المال بعقد مقصود او صحة ان التملك بالوصية غير التملك بالارث الا ترى ان الموصى له لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث فلا يمكن حمل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك ولا بطريق الارث ليترجح استحقاق الوارث عليه ولا بد من شرط الارث والعقل اي في عقد الموالاة بان يقول واليتك على ان ترثني وتعقل عني كما ذكرنا في الكتاب وهو قوله ووالى على ان يرثه ويعقل عنه ثم اعلم ان شرط الارث والعقل كما هو شرط لفظا على ما ذكرنا وذلك مشروط وجودا فان من شرطه ارث المولى الاعلى من الاسفل هو ان يكون للاسفل وارث بالقرابة كما ذكر ومن شرط العقل ان يكون المولى الاعلى عاقلا بالغا حرا فان موالاة الصبي باطلة يعني اذا اسلم على يدي صبي ووالاه لان بالعقد يلتزم نصرته في الحال والصبي ليس من اهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وهو ليس من اهل الالتزام ايضا بخلاف ما اذا اسلم على يدي امراة ووالاها لان المراة من اهل العقد ومن اهل اكتساب سبب الولاء بالعتق فكذلك بالعقد وكذلك لو والى رجلا عبدا لم يجز الا ان يكون باذن المولى فحينئذ يكون مولى له لانه عقد التزام بالنصرة والعبد لا يملك نفسه الا باذن مولاه وان كان باذن فحينئذ يكون عقده لعقد مولاه فيكون الولاء للمولى كما لو اعتق عبد من كسبه باذن مولاه وهذا لان المقصود النصرة او الميراث بعد الموت والعبد ليس من اهل ذلك بالارث فلهذا يجعل المولى خلفا عنه فيما هو حكم هذا العقد وان والى صبيا باذن ابيه او وصيه جوز لان عبارة الصبي اذا كان يعقل معتبرة في العقد والالتزام بالعقد باذن وليه يصح فيما لا يتمحض مضرة كالبيع والشراء ولانه اهل لولاء العتاقة بنفسه اذا صح سببه الا ترى انه اذا ورث قريبه يعتق عليه ويكون مولى له فلذلك في الموالاة بخلاف العقد هذا كله في المبسوط لانه شرط في هذا اي في فسخ عقد الموالاة ان يكون بمحضر من الاخر كما هو في عزل الوكيل **فان قلت** معنى اشتراط الحضرة للوكيل في حق العزل ظاهر وهو دفع الوكيل بسبب الضمان عند رجوع المشتري عليه اذا كان تصرف من جهة الوكيل على ما عرف في الوكالة فما معنى شرط توقف الفسخ ها هنا الى الحضرة كل واحد

من المولى الاعلى والاسفل **قلت** ها هنا ايضا وجهان من المعنى احدهما ما اختاره في المبسوط وقال ان تمكن كل واحد منهما من الفسخ باعتبار ان العقد غير لازم بنفسه لا باعتبار انه غير منعقد بنفسه ثم فسخ احدهما الالتزام الاخر حكم الفسخ في عقد كان منعقدا في حقه ولا يكون الا بمحضر منه لما عليه من المضرات لم يثبت حكم الفسخ في حقه قبل علمه وهو نظير الخطاب بالشرعيات فانه لا يظهر حكم الخطاب في حق من لا يعلم به لدفع الضرر وتعطل نفس الالتزام احدهما حكم الفسخ على الاخر دون علمه ضررا لان فيه حل عقد الحل اللازم بلا عقد هو ابطال العقد فكان ضررا فلا يجوز بدون العلم والثاني ما ذكره في الذخيرة من الضرر بطريق التفصيل فقال فسخ احدهما العقد بغير محضر من صاحبه حتى يصح الفسخ لانه فسخ حكمي نظير العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته لا يصح مقصودا ويصح حكما بعتق العبد الذي وكله ببيعه **فان قيل** لما ذا جعل صحة العقد من الثاني موجبة فسخ العقد الاول **قلنا** لان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من الضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في المبسوط وكذا لا يتحول ولاء الى غيره لتاكد الكبرى ولا الاب لتاكد بعقل الجناية وتاكد التبع بتاكد الاصل كما ليس للاب ان يتحول عنه بعدما عقل جنايته فكذلك للابن لو لون ذلك اذا كبر كذا في المبسوط والله اعلم

كتاب الاكراه

لما ذكر كتاب الولاء واقوى الولاء ولاء العتاقة لمناسبة كتاب المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة كما ذكرنا كان ايراد كتاب الاكراه لمناسبة ولاء الموالاة اذ في كل واحد منهما تغيير حال المخاطب الذي من المكره من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع وكذلك في عقد ولاء الموالاة تغيير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول ما للمولى الاسفل بالارث الى الحلة اعلم ان المراد من بيان الاكراه والغصب والجنايات بيان احكامه ثم محاسن حكم الاكراه ظاهرة اذ بيانا لحكم الاكراه يتبين عامة انه رافة الله تعالى في حق العباد حيث لا يواخذ عباده بسبب الاكراه الصادر من اهل الفساد لمباشرتهم فيما لا يرتفع حرمته ابدا الا انا بل جعل المباشرة في بعض مواضع المحرمات من فروض الديانات وصير مباشرتها قائمة له مباشرة للحلال الاصلي وان كانت في اصلها المحظورات وذلك كله دليل على عموم رافته وشمول رحمته فيحتاج ها هنا الى بيان الاكراه لغة وشرعا وشرطه وحكمه ونوعه اما لغة فان الاكراه اي حملته على امر يكرهه واما شرعا فعند ذكر في المبسوط الاكراه فعل يفعله المرء بالغير فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم به الاهلية في حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب وذكر في الايضاح فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي الاكراه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضاء وذلك ان يختار من هذه الثلاثة اهونها واما شرطه فان يكون الاكراه من السلطان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا مذكور في الاكراه في الزنا واما حكمه فالاكراه متى حصل بوعيد تلف على فعل من الافعال نقل الفعل من المكره الى المكره فيما يصلح ان يكون المكره آلة الحامل فيه فصار كان المكره فعل ذلك بنفسه ومتى حصل الاكراه بوعيد تلف على قول من الاقوال ان كان قولا يستوي فيه الهزل والجد كالطلاق والعتاق فحكمه ان المكره يعتبر آلة المكره في حق الاتلاف ويقتصر الاتلاف في حق المكره وفي حق التلفظ الذي لا يصلح ان يكون المكره آلة يعتبر مقصورا على المكره وان كان قولا لا يستوي فيه الهزل والجد كالبيع والاجارة والاقرار فحكم الاكراه فساد ذلك وكذلك اذا كان يستوي فيه الجد والهزل الا انه يتعلق ثبوتها بالقصد حتى ان من قصد ان يكفر والعياذ بالله فقيل ان تفوه به كان كافرا وهذا اذا حصل الاكراه بوعيد

ملف فان حصل الاكراه بالحبس والقيد على فعل من الافعال فلا حكم له ويجعل كانه فعل
ذلك الفعل بغير اكراه ومتى حصل الاكراه بالحبس والقيد على قول ان كان قولا لا يستوي
فيه الجد والهزل فحكمه فساد ذلك القول وان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فلا حكم له ويجعل
ان المكره باشر ذلك باختياره واما انواعه فالاكراه في اصله على نوعين اما ان كان ملجئا او
غير ملجئ فالاكراه الملجئ هو الاكراه بوعيد تلف النفس او بوعيد تلف عضو من الاعضاء فهو معتبر
شرعا سواء حصل الاكراه على القول او على الفعل والاكراه الذي هو غير ملجئ هو الاكراه بالحبس والقيد
فان حصل ذلك الاكراه على فعل من الافعال فهو غير معتبر شرعا ويجعل كان المكره فعل ذلك
من غير اكراه وان كان قولا لا يستوي فيه الجد والهزل فهو اكراه معتبر شرعا كذا في الذخيرة
والمغني وذكر في شرح الاقطع ان الاكراه يعتبر فيه اربع شرائط صفة المكره وهو ان يكون قادرا
على ايقاع ما توعد به ولهذا يستوي فيه السلطان وغيره وصفة المكره وهو ان يغلب على ظنه
انه لم يفعل به لم يكن مكرها وصفة ما توعد به فتارة يتوعد بالقتل او باتلاف عضو وتارة
بالحبس والقيد وقد ذكرناه وصفة ما اكره على ايقاعه فتارة تكون لحق الله تعالى وتارة تكون
لحق المكره وتارة تكون لحق ادمي وذكر في المبسوط هذا المعنى بعبارة اخرى فقال الاكراه
يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما اكره عليه فالمكره تمكنه من ايقاع ما هدده به فانه اذا
لم يكن متمكنا من ذلك فالكراهة هذيان وفي المكره ان يكون خائفا على نفسه من جهة المكره في
ايقاع ما هدده به عاجلا لانه لا يصير ملجئا محمولا طبعا الا بذلك وفيما اكره به ان يكون متلفا
او مزمنا او متلفا عضوا او موجبا غما ينعدم الرضا باعتباره وفيما اكره عليه ان يكون
المكره ممتنعا منه قبل الاكراه اما لحقه او لحق ادمي اخر او لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال
يختلف الحكم والكتاب لتفصيل هذه الجملة وقد ابتلي محمد رحمه الله بسبب تصنيف هذا الكتاب
على ما حكي عن ابن سماعة رحمه الله قال لما صنف هذا الكتاب سعى به بعض حساده وقال
انه صنف كتابا يسميك به لصا غالبا فاغتاظ لذلك وامر باحضاره فاتاه الشخص واخرجه
فادخله على الوزير وانا في حجرته فجعل الوزير يعاتبه في ذلك فانكر محمد اصلا فلما علمت السبب
اسرعت الرجوع الى الدار وتسورت حائط بعض الجيران لانهم كانوا سمروا في ذلك على بابه فلم اصل
الكتب حتى وجدت كتاب الاكراه فالقيته في جب من الدار لان الشرط احاطوا بالدار فلم اخرج حتى جاؤوا
ولم يمكني ان اخرج فاختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه الى دار الخليفة فامر الوزير
بتفتيشها فلم يجدوا شيئا مما ذكره الساعي فندم الخليفة على ما صنع واعتذر اليه ورده بجميل
فلما كان بعد ايام اراد محمد رحمه الله ان يعيد تصنيف الكتاب فلم يجبه خاطره الى ما اراد فجعل
يتاسف على ما فاته من هذا الكتاب فذكر بعض تلامذته ان بان البئر بعامل يستقي الماء
لان ماءها تغير فلما نزل العامل البئر وجد الكتاب على اجر او حجر سالما من طين البئر فسر
محمد رحمه الله بذلك وكان يخفي الكتاب زمانا ثم اظهره فعد هذا من مناقب محمد رحمه الله قوله
به اي خوف به كذا في الديوان يفعله الراي المكره بكسر الراء يعني اي بالمكره بفتح الراء قوله به
اي بالقتل او بالحبس الممتد فان حبس يوم يجيء بخلاف ما اكرهه بضرب سوط او بحبس
يوم اي حيث لا يكون في البيع حتى لو اكره بضرب سوط فباعه يكون بيعه صحيحا لانه لا يبالي
به بالنظر الى العادة وذلك ان الجهال يتهاونون فيما بينهم بضرب سوط او سوطين كذا في
المبسوط الا اذا كان الرجل صاحب منصب هذا استثناء من قوله بخلاف ما اذا اكره بضرب
سوط يعني الا اذا كان المكره رجلا صاحب منصب اي صاحب عز ومرتبة كالقاضي وعظيم
البلد يكون بيعه بالاكراه بضرب سوط او حبس يوم بيع مكره فكان فاسدا كما في بيع المكره
بالقتل **قوله** رحمه الله وكذلك الاقرار معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء
لعدم الرضا فيفسده اي والاقرار يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما
صار حجة في غير الاكراه لرجحان جنبة الصدق الى اخر يعني ان الاقرار بالاكراه بالضرب
الشديد او بالحبس الممتد لا يصلح اقرارا واما اذا اكرهه على الاقرار بضرب سوط او حبس يوم

فاذا

فاذا هو اقرار كما في البيع وقد ذكرنا ان الاكراه بالضرب والحبس في حق الاقوال التي لا يستوي فيها
الجد والهزل كالبيع والاقرار واما اذا اكرهه بضرب سوط او حبس يوم فلا يكون اكراها في جميع
الصور الا اذا كان صاحب منصب كما ذكرنا في الذخيرة ولو هدده بضرب سوط او حبس يوم ليقر بالف
بالف درهم فاقر فهذا اقرار مكره قياسا وفي الاستحسان هذا اقرار طائع لان الانسان لا يلتزم غرم
الف درهم بحبس يوم او بقيد يوم فيخرج جواب الطواعية في هذه الصورة وقال محمد رحمه الله وليس
في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم لان احوال الناس في ذلك متفاوتة فالشرفاء والاجلة
من الكبراء والعلماء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وعن حبس يوم واحد اكثر مما يستنكف غيرهم
عن ضرب اسواط وحبس ايام فلذلك لم يقدر تقديرا بل فوضه الى رأي ليبني الامر على حال من
ابتلي به وعن هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله ان هذا ما ذكره محمد رحمه الله من الحوادث ان هذا اقرار
طواعية بذلك في حق اوساط الناس وفي حق السوقة اما اذا كان الرجل من اشراف الناس بحيث
انه يستنكف ان يضرب سوطا واحدا على ملأ من الناس ويعرك اذنه في مجلس السلطان فانه يكون مكرها
ان مثل هذا الرجل يؤدي الف درهم على ما يلحقه من الهوان والذل بهذا القدر من هذا الحبس واما
ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول من اهله وهو المالك العاقل البالغ في محله وهو المال والفساد لفقد
شرطه اي شرط الجواز وهو التراضي فكان البيع فاسدا واما قلنا ان التراضي شرط الجواز في افساد العقد
اي غيره كانعدام المساواة في باب الربا فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا انعدمت
المساواة كان العقد فاسدا فكذا هنا بخلاف البيع بشرط خيار فان شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه
كالمعلق والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط او نقول لما وجد اصل البيع في محله لم ينعدم ذلك
بالمكره فكان ينبغي ان ينفذ كالطلاق الا ان الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو التراضي ويهنا
بدونه عن التجارة فكان هذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كالنهي
عن بيع الحنطة بالحنطة الا بشرط المماثلة وانه زائد عما يتم به البيع فكان النهي لهذا المعنى في حق
غيره فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزائد شرعا فكذا هنا فلم
يبق الفرق بين هذا النهي والنهي عن بيع الربا الا ان ما يتعلق به الحرمة هناك اتصل بالبيع وصفا
وهنا اتصل بالبائع كذا في المبسوط والاسرار وتصرف فيه تصرفا لا يملك نقضه كالتدبير والاستيلاد
جاز اي تصرف المشتري وكذلك الحكم في الهبة ويلزمه القيمة اي ويلزم المشتري القيمة وفي الذخيرة
وكان له اي للمالك الخيار في حق تضمين القيمة ان شاء ضمن المكره قيمته يوم سلم اليه المشتري والموهوب
له اما تضمين المكره فانه ازال يد المكره عن ماله بغير رضاه لان تسليم المكره في حق ازالة اليد منقول
الى المكره واما تضمين المشتري والموهوب له فلان الخيار ان شاء ضمنه قيمته يوم قبض لا يوم عتق
لان الاعتاق اتلف على المولى حقه لان للمولى حق الاسترداد وان صار ملكا للغاصب بخلاف ما سواه
من الاشربة الفاسدة اذا اعتق المشتري حيث كان للبائع حق تضمينه قيمته يوم قبض لا يوم عتق
كما ذكرنا الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع هذا استثناء عن قوله كما في سائر البياعات
الفاسدة فان في سائر البياعات الفاسدة اذا باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا لم يبق للبائع
الاول استرداد وفي البيع بالمكره يبقى وكذا الاسبق للبائع الاول وقال في الذخيرة والفرق ان في البياعات
الفاسدة تصرف المشتري حصل بتسليط المالك فانه لما سلم اليه فقد سلطه وهذا التسليط منه
يصح لكونه طائعا في التسليم فلا حق النقض بعد ذلك اما ههنا لم يوجد من المكره تسليط على التصرف
ولو وجد فهو تسليط فاسد فلهذا كان له حق التصرف قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز
المعتاد بيعا فاسدا الى اخره اراد به بيع الوفاء صورته هي ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا
العين بما لك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي فهو في الحقيقة رهن والمبيع في يد المشتري
كالرهن في يد المرتهن لا فرق عندنا بين الرهن وبين هذا لان المتعاقدين وان سمياه بيعا ولكن
غرضهما الرهن والعبرة في باب التصرفات للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني حتى قال اصحابنا
رحمهم الله ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة والاستصناع اذا
ضرب فيه الاجل سلم ونظائره كثيرة كذا في الفتاوى الظهيرية ولما كان هذا كالرهن في يد المرتهن

لا ملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره والدين ساقط بهلاكه
في يده اذا كان وفاء بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلكت من غير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه
لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الاحكام وكان السيد الامام ابو شجاع على هذا وحين قدم الامام
علي السغدي رحمه الله في بخارا لسمرقند استفتي في هذا فكتب انه رهن وليس ببيع فصحح السيد الامام الموافق
فتواه وسئل القاضي الامام الماتريدي عمن باع دارا من اخر بثمن معلوم ببيع الوفا وتقابضا ثم استاجر
من المشتري مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الاجارة فقال لا لانه عندنا رهن والراهن
اذا استاجر الرهن من المرتهن لا يجب عليه الاجرة لهذه الاجارة فكذا هذا لانه في حكم بيع الوفا منزلة البيع
المكره الصدر السعيد تاج الاسلام احمد بن عبد العزيز والقاضي الامام صدر الائمة والشيخ الامام ظهير الدين
المرغيناني والشيخ الامام علاء الدين المعروف ببدر سمرقند اندر انك مردي ملكي خريدار ديگري بشرط انك
هر وقتي كه اين بايع بها بوي دهد مشتري مبيع باز دهد وقبض كرد بدين بيع مبيع ملك مشتري شود كفت ركن
الدين صاحب المحيط عن ابيه الصدر الامام تاج الدين شود والله اعلم وهكذا اجاب ظهير الدين رحمه الله
واما فتوى ائمه كه مشتري مبيع را بكسى ديگر فروشد بيع صحيح بايع اول وا رشد كه باز كردد حنابك در بيع بايي رشد
حنانك دو بيعات فاسد كفت برهان الدين وظهير الدين رشد وكفت علاء الدين بيع مشتري كير است
في بود وهكذا اختار شيخ الاسلام برهان الدين واولاده وهكذا افتى مشايخ زماننا على ان المشتري شراء
جائز لا املك البيع من غيره وعليه الفتوى وسئل الصدر الشهيد عن حكم البيع بشرط الوفا واجاب رحمه
الله المفتوى على ان هذا البيع فاسد ويوفر عليه احكام البيع الفاسد ولكن اذا باعه المشتري من الملك
من غيره يبقى للبائع الاول حق الاسترداد وكذا هذا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتبايعين لما
قصدا ان يكون البيع محبوسا بالثمن الى وقت ادائه فيكون رهنا معنى ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا
جائزا ومنهم الامام نجم الدين النسفي رحمه الله فقال اتفق مشايخنا في هذا الزمان على صحته كما كان عليه
بعض السلف لانهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه والعبرة للملفوظ دون المقصود فان من
تزوج امراة وفي نيته ان يطلقها بعد ما جامعها صح العقد معنى لم يكن متعة هذا كله من فصول الامام
الاسروشني رحمه الله فيفيد البعض الاحكام وهو الانتفاع بدون البيع من غيره وكذا اذا اسلم طائعا
اي كان ذلك منه اجازة البيع فوهب ودفع حيث يكون باطلا اي فاسدا لانه ذكر في المبسوط من سبب
الاكراه تفسد الهبة ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان
فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فاذا اعتقه او دبره او استولدها نفذ لان في هذه التصرفات منه
مالكه وكانت نافذة وعليه ضمان قيمتها وذكر في الايضاح ثم فرق بين البيع والهبة فقال في البيع
لا بد من الاكراه على الدفع حتى لو اكره على البيع دون الدفع ودفع طائعا جاز البيع ولو اكرهه على الهبة
وهبه ودفع طائعا لم يصح بينهما والفرق ان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد
والهبة في اصل الوضع لا يستحق بها الاستحقاق من غير قبض فلم تكن الاكراه على البيع اكراها على الاقباض
فكان الدفع على اختيار منه وذلك دليل الاجازة وان ضمان المشتري اي في صورة الغصب نفذ كل شراء
كان بعد شرائه اوثبا تحته العقود اي لو باعه المشتري من اخر وذلك من اخر يعاد الكل الى الجواز لان
تسليمه او اجازته ساقطة حقه في استرداد البيع فاما المبيع في كل مشتري انما كان في ملكه لمشتر
ولكنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ والاجازة اسقاط حقه فينفذ البيع كالراهن اذا باع المرهون
فاجاز المرتهن البيع او الاجر باع المستاجر فاجاز المستاجر نفذ البيع من جهة المباشر والمجيز يكون
مسقطا حقه في الفسخ لا ان يكون مملوكا باجازته واذا اجاز البيع كلها كان الثمن للمكره على المشتري
الاول بهذه الاجازة فله ان يطالب بالثمن وكل عقد بعد ذلك انما ينفذ بين البائع والمشتري منه
فيكون الثمن له **فان قلت** فحينئذ يحتاج هاهنا الى الفرق في موضعين احدهما في الفرق بين
تضمين البائع والمالك وبين اجازة البائع المكره بيع احد الباعة فان في التضمين يجوز بيع كل بيع بعد ذلك
البائع الغاصب ويبطل كل بيع قبله وفي الاجازة ينفذ في الكل وما ذكر في الكتاب والثاني في الفرق
بين اجازة المالك المغصوب منه في الغاصب وبين اجازة البائع المكره في الاكراه فان المغصوب منه
اذا اجاز بيع احد الباعة فانه ينفذ ما اجاز خاصة دون ما قبله وفي الاكراه اذا اجاز بيع احد

البايعة

البايعة فانه ينفذ ما اجاز خاصة دون ما قبله وفي الاكراه اذا اجاز بيع احد البايعة ينفذ
البياعات كلها **قلت** اما الاول فانما جازت البياعات كلها في اجازة البائع المكره بيع
احد الباعة لما ذكرنا ان اجازته اسقاط منه لحقه فكان حقه هو المانع فلما اسقط حقه عمل في الكل
كما في الاجازة المرتهن بيع الراهن واما في صورة تضمين البائع احد الباعة فانما تبطل كل بيع كان
قبله لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو
استرد العين منه بطل كل بيع كان قبله للاستحقاق فكذا استرداد القيمة وجاز كل بيع كان بعده
لان الملك قد تقرر بالضمان حين ضمن القيمة فتبين انه باع ملك نفسه فيكون بيعه جائزا حتى
اذا ضمن المشتري الاخير بطلت البيوع كلها لان استرداد القيمة كاسترداد العين ويرجع هو على بائعه
بالثمن الذي اعطاه وكذلك كل مشتري يرجع على بائعه حتى ينتهوا الى البائع المكره لان البيوع كلها
قد انتقضت وينعكس الحكم لو ضمن الذي اكرهه ويرجع هو ملك القيمة على المشتري الاول حيث
جازت البيوع كلها فكذلك ان ضمن البائع المشتري الاول وهو الذي اكرهه ونفذت البيوع النافذة
كلها لان الملك قد تقرر للمشتري الاول من حيث قبضه وانما باع ملك نفسه فينفذ بيعه فلذلك
كان بائعه بعده واما وجه الفرق في الموضع الثاني فانا قد ذكرنا وجه جواز البياعات كلها
عند اجازة البائع المكره بيع احد الباعة من اسقاط حقه الذي هو المانع فلذلك جازت
البياعات كلها واما اذا اجاز المغصوب منه بيعا من تلك البيوع فانه ينفذ ما اجازه خاصة
لان الغصب لا يزيل ملكه وكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازة
احد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره
كان مالكا لمبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد
ولهذا يفترق الحال بين اجازة البيع الاول او الاخر فبهذا نفذت البيوع كلها باجازته عقدا
منها هذا كله من باب الاكراه على البيع من اكراه المبسوط وقوله لا ينفذ ما كان قبله اي قبل
الضمان لانه اسقاط حقه اي بالاجازة والله تعالى اعلم **فصل** لما ذكر حكم الاكراه
الواقع في حقوق العباد شرع في حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وانما قدم حقوق العباد على
حقوق الله تعالى لما ذكر في الكتاب في الفصل المتقدم ان حق العبد مقدم لحاجته وان اكره على ان
ياكل الميتة او يشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او بضرب لم يحل له المراد من هذا الضرب الخفيف الذي
لا يخاف منه تلف النفس او تلف العضو لانه ذكر في المبسوط ولو اوعد بضرب سوط او سوطين
لم يسعه تناول ذلك لانه لا يخاف على نفسه ولا عضو من اعضائه لما هدد به انما يلحقه ذلك او يولمه
التأسي او الحاجة يتحقق به وكذا كل ضرب لا يخاف منه تلف او اذهاب عضو في اكبر الراي لان
غالب الراي يقوم مقام الحقيقة فيما لا طريق الى معرفته حقيقة وقد وقت بعضهم في ذلك ادنى
الحد اربعين سوطا فان هدد باقل منها لم يسعه الاقدام على ذلك لان ما دون ذلك مشروع
بطريق التعزير والتعزير يقوم على وجه يكون زاجرا لا متلفا ولكنا نقول نصب المقدار بالراي
لا يكون ولا نص في التقدير هاهنا فاحوال الناس تختلف في احتمال بدنهم المضروب فلا طريق الا
الكون الى غالب رايه فان الوقوع في غالب رايه انه لا يتلف به نفسه ولا عضو من اعضائه لا يصير
ملجأ وان خاف على نفسه التلف لانه يصير ملجأ فحينئذ تثبت الاباحة وذكر في الذخيرة
وان هدده بضرب سوط او سوطين فهو غير معتبر الا ان يقولوا لنضربنك على عينيك او على المذاكير
بان يصير خصيا او نحو ما به او اتلف عضوا فهو اكراه اذا علم انه يسعه تناول تضمنه الاشياء في
مثل هذه الحالة اما اذا كان لا يعلم ان ذلك يسعه رجوت ان لا يكون اثما لانه قصد به التحرز
عن ارتكاب الحرام بزعمه وهذا لان انكشاف الحرمة عند خفي الضرورة دليل خفي فيعذر
عليه بالجهل كما ان عدم وصول الخطاب اليه قبل ان يجعل عذرا في ترك ما شرع خطاب الشرع يعني
الصلوة في حق من اسلم في دار الحرب ولم يعلم وجوبها عليه وعن ابي يوسف رحمه الله لا يأثم
فلذلك هذا ايمن اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات في ظاهر المذهب يكون اثما وفي
رواية ابي يوسف رحمه الله لا يكون اثما فالاصل عند ابي يوسف رحمه الله ان الاثم ينتفي عن المضط

ولا يكشف الحرمة بالضرورة وقال تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال تعالى
فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفة انها حرمة اثر
وبالضرورة لا ينعدم ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من تناول الحرام فلا يكون اثما فيه وكان اباحة
لا رخصة لانه كان مباحا في حال الضرورة فامتناعه من التناول حتى يتلف كامتناعه عن تناول
الطعام الحلال حتى يتلف نفسه فيكون اثما في ذلك وصفة الحرمة توجب الحرمة لمعنى الرفق
بالمتناول وهو ان يمنعه من استعمال عقله ويصده عن ذكر الله تعالى وعن الصلوة ولذلك الخطر
الخنزير لما في طبع الخنزير من الاسهاب والاحراز في الخلق والرفق ههنا في الاباحة عند الضرورة
لان اتلاف العضو اهون من اتلاف الكل وفي الامتناع من التناول اتلاف الكل فثبتت الاباحة
في هذه الحالة لهذا المعنى وكذلك لو اوعد بقطع عضو لان حرمة الاعضاء كحرمة النفس الا ترى
ان المضطر كما لا يباح له قتل انسان ليأكل من لحمه لا يباح له قطع عضو من اعضائه والضرر الذي يخاف
منه التلف بمنزلة القتل لما ان فتنة السوط اشد من فتنة السيف ولهذا عقبنا في هذا سواء حتى
لو اوعد بقطع اصبع او انملة يتحقق منه الالجاء وكذلك محرم باجزاء النفس تبعا لها هذا كله من
المبسوط وقوله واما حالة الاضطرار مستثناة من الحرمة توجب انتفاء الحرمة وهي الاباحة
المحضة وان اكره على الكفر بالله والعياذ بالله الى اخره اعلم انما اعتبر اكراهها في حق اباحة تناول
الميتة والخمر ولحم الخنزير ومعتبر اكراهها في اجراء كلمة الكفر على اللسان اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان
الا ان في فصل الكفر اذا صبر حتى قتل كان ماجورا شهيدا وفي فصل الخمر والميتة اذا صبر حتى قتل
كان اثما ماخوذا بدينه وكذا في المبسوط وكل شيء جاز له تناول هذه المحرمات من الاكراه لذلك
يجوز منه عند الكفر بالله اذا اكره عليه وقلبه مطمئن بالايمان ثم قال وهذا اجود في العبارة
فان حرمة الكفر حرمة ثابتة مصمتة لا تنكشف بحال ولكن مراده انه يجوز له اجراء كلمة الكفر على
اللسان مع طمانينة القلب بالايمان وقوله اولى واحرى اي اولى ان لا يكون اكراهها واما
ما روي عن ابن مسعود ذي سلطان الا كنت متكلما به فانما هو على طريق بيان الرخصة فيما
هو الا لم اسد بدوان كان سوطين فاما ان يقال ان السوطين اللذين لا يخاف منهما تلف
يوجب الرخصة له في اجراء كلمة الشرك هذا مما لا يجوز ان يظن بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه
وانما حمل هذا اللفظ على سبيل المثل لبيان الرخص عند خوف التلف وتبديل السوطان في حق من
كان يخاف منه التلف لضعف بنيته فقد كان بهذه الصفة على ما روي انه صعد يوما شجرة
فضحكت الصحابة من دقة ساقه فقال رسول الله عليه الصلوة والسلام لا تضحكوا فانهما
لثقيلتان في الميزان كذا في المبسوط الموزونة ان يظهر خلاف ما يضمر في الحديث ان النبي
عليه الصلوة والسلام كان اذا اراد سفرا ورى بغيره وفي الصحاح يقال واريت الخبر اذا
سترته واظهرت غيره وقوله عليه الصلوة والسلام فان عادوا فعد اي ان عادوا الى الاكراه
فعد الى طمانينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا على زعم البعض لانا اذا حملنا
العود فيهما جميعا كان ذلك امرا من النبي عليه الصلوة والسلام باجراء كلمة الكفر فيؤدي
الى الاباحة حينئذ لان ادنى درجات الامر الاباحة والكفر لا يصير مباحا بالاكراه لانه من
قبيل ما لا يحتمل الاباحة اصلا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله خبيبا صبر على ذلك
حتى صلب وروي ان المشركين اخذوا خبيب بن عدي بن زيد فباعوه من اهل مكة فقالوا
لنقتلنك او لتذكرن الهتنا بالخير وتشتم محمدا صلى الله عليه وسلم وكان يشتم الهتهم ويذكر محمدا صلى
الله عليه وسلم بخير حتى قتلوه فقال النبي عليه الصلوة والسلام هو رفيقي في الجنة كذا
في شرح الاقطع وبهذا يعرف ان المثل المذكور في الكتاب تقول له وقال ويمثله صلة او هو
عبارة عن الذات بخلاف ما تقدم وهو ما ذكر في مسالة الاكراه على اكل الميتة وشرب الخمر
حيث قال فيخاف ان يسعه ان يصبر على ما توعد به الا استثنا وهو ما ذكر من قوله تعالى الا ما
اضطررتم اليه فالاستثناء من الحرمة يوجب الاباحة فيعلم بهذا ان الامتناع عن التناول
هناك لم يكن عزيمة لبقاء الحرمة **فان قيل** الله تعالى كما استثنى الخمر والميتة في حال

الاضطرار

الاضطرار استثنى في اجراء كلمة الكفر ايضا بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان **من عقد**
قوله من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا
من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه
وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورته نفي الغضب وهو حكم الحرمة عند الحرمة
لانه ليس من ضرورة عدم الحكم وهو العقوبة كما في شهود الشهر في حق المسافر او المريض فان
السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو
الحرمة فلم يثبت محرا كلمة كذا في مبسوط شيخ الاسلام وذكر في التيسير وتقدير الاية على التقديم
والتاخير وتقديره الكافرون بالله لان من هاهنا للجمع لانه جنس فيصلح للجمع بعد ايمانهم بسببه
الشارحون لاصول الكفر واعتقاده صدورا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من
اكره على الكفر فانه لا يستحق غضب الله والعذاب العظيم لان المكره للمكره لانه يصلح ان يكون
آلة للمكره بان ياخذه ويلقيه عليه مما يصلح آلة له هذا احتراز عن الاكل والتكلم والوطي فان
من الافعال لا يصلح المكره آلة للمكره لانه لو كان آلة له في الكلام لما وقع الطلاق والعتاق
لان احدا لا يملك ان يطلق امراة غيره ولا ان يعتق عبد غيره والقصاص على المكره بكسر الرا
وهو الامر ان كان عمدا سواء كان هذا المكره الامر بالغا عاقلا او معتوها او غلاما غير بالغ
بالقود على الامر كذا في المبسوط في باب تعدي العامل من الاكراه يرد في هذه المسائل
اربعة اقوال مشتملة على القسمة العقلية التي لا زيادة عليها عقلا فقول ابو حنيفة
رحمه الله ومحمد رحمه الله على مقابلة قول زفر رحمه الله وقول ابي يوسف على مقابلة
قول الشافعي والسبب في هذا اي في القتل كما في شهود القصاص اي عنده فان الشاهدين
اذا شهدا على رجل بالقتل عمدا فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان
عنده وقوله نظرا الى التاثيم يعني ان المكره على القتل اذا اقدم على ما اكره عليه من القتل
فانه ياثم بالاجماع فعلم به ان المكره ليس بالة له من كل وجه نظرا الى الحل اي نظرا
الى الالة ولنا انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياته فيصير آلة المكره وذلك ان الالة
هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القتل عند الاستعمال في محله وكالنار فان طبعها
الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك تعين الجري على موجب الطبع مشابهة
بالالة ولو استعمل القاتل الة اخرى مثل السيف في شخص طلبا لقتله يجب القصاص على القاتل
فكذا يجب القصاص على المكره هاهنا لكون المكره آلة له فيما ذكرنا من كونه محمولا على القتل بطبعه
ايثار الحياته والاولى في تعليلهما ما اشار اليه في المبسوط من دعوى الاجماع لان المباشر
للقتل هو المكره الامر لا المامور وذلك لانا اجمعنا على ان ضمان الاتلاف في المال على الامر
بالاتلاف لا على المامور علم بهذا ان الاتلاف ماخوذ منسوب للامر بما فيه اتلاف لانه
الطريق لنسبة الضمان للمال في الامر سوى ان المامور جعل آلة للامر وجعل الامر مباشرا للاتلاف
لسبب له لان المسبب والمباشر اذا اجتمع في اتلاف المال فالضمان على المباشر لا على المسبب
بالاجماع فهنا وجب على الامر علم انه جعل مباشرا فاتلاف المال بالاستهلاك واتلاف
الادمي بالقتل لا ينفيان من حيث انه اتلاف لان المامور كما يصلح آلة في اتلاف المال
للامر بان ياخذه ويلقيه في مال انسان ويستهلكه فلذلك يصلح آلة له في اتلاف ادمي بهذا
الطريق ولما جعلنا الامر مباشرا للاتلاف في المال بالاجماع وجب ان يجعله مباشرا في اتلاف
الادمي لانهما لا ينفيان من حيث الاتلاف على ما ذكرنا وانما قلنا هذا اولى لان فيه احتجاجا
على الخصم بما ساعدنا في مثله وهذا دليل اقوى من مساعدة الخصم **فان قلت** لو كان
المكره الامر بمنزلة المباشر في القتل والمكره المامور آلة له لوجب ان لا يجب القصاص على الامر
فيما اذا كان صبيا او معتوها لان انتقال فعل المكره لا يكون اقوى من مباشرته بنفسه
وفيما باشر الصبي القتل عمدا لا يجب القصاص عليه على ما مر في الجنايات ان شاء الله تعالى
وقد ذكر في المبسوط انه يجب القصاص على الصبي اذا امر غيره بالقتل العمد بالاكراه فما وجهه

قلت لما استقل فعل المأمور الى الامر المكره اسقط معه وصفه من العقل والبلوغ فصار ذلك
عذرا له حماية الامر بيد المامور في احكام القتل ولذلك لم يعتبر عقل الامر وبلوغه بخلاف ما اذا
باشر الصبي القتل بنفسه لانه لا وجه هنا الا لاحد يوصف بالعقل والبلوغ لينتقل فعله اليه
بذلك الوصف فكان ذلك قتلا حاصلا من الصبي لا غير والاعتبار لعمد الصبي في القتل من ايجاب
القصاص الى هذا اشار في المبسوط كما نقول في الاكراه على الاعتاق اي انه من حيث اتلاف
مالية العبد بالاعتاق ينتقل الى المكره حتى وجب قيمة العبد اليه من حيث انه تكلم وتفاد اعتاق
العبد يقتصر على المكره لانه لو انتقل كلامه بالاعتاق الى المكره الامر لما عتق العبد **قوله**
رحمه الله ومن اكره المجوسي هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول بدليل ما ذكر في الايضاح
بالنصب حيث قال وهو كما اكره مجوسيا على ذبح شاة الغير صار آلة له في معنى الاتلاف ولم يصر
آلة له في الذكاة حتى لم يحل تناوله قوله ولما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياة
سبب الملجئ مسقطا وجوب القصاص على المامور لكان ينبغي ان يسقط القصاص عن اصابته
مخمصة فقتل انسانا واكل من لحمه حتى يبقى حيا لان كل واحد من المكره ومن اصابته مخمصة
مضطر في دفع الهلاك عن نفسه بدفع الغير هو مؤثر حياته على حياة غيره لكن ان وقع الفرق
بينهما حتى وجب القصاص على القاتل الذي اصابته مخمصة ولم يجب على المكره اذا امكن
هذا الذي ذكرته ما ثبت به زفر رحمه الله وجوابه انا اسقطنا القصاص عن المكره
لانه ملجئ الى القتل من جهة غيره حتى صار بمنزلة الالة واما المضطر فانه غير ملجئ الى ذلك الفعل
من جهة غيره ليصير بمنزلة الالة للملجئ الا ترى ان في المال الضمان واجب عليه فعرفنا به ان
حكم الفعل مقصورا عليه وان اكرهه على طلاق امرأته الى اخره وذكر في فتاوى قاضي خان
رحمه الله وان اكرهه بوعيد القتل على الطلاق او العتاق فلم يفعل حتى قتل لا يأثم لانه
لو صبر على القتل ولم يتلف مال نفسه فيما اذا اكره على اتلاف ماله كان شهيدا فلان لا يأثم
اذا امتنع عن ابطال ملك النكاح على المرأة كان اولى قوله ان يضمن قيمته اي المكره المأمور
اي يضمن المكره الامر موسرا كان او معسرا لان وجوب هذا الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف
فيكون حرا اللحق المتلف عليه للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله فان المستسعى
كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان عندهما انما تجب السعاية لتعلق حق غير
المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق هنا لغير المعتق ولا نظير
له في الشرع وقوله لتعلق حق الغير اشارة الى مسألة المريض والراهن كما ذكر في المبسوط فقال
ولا سعاية على العبد لانه نفذ العتق فيه من جهة مالكه ولا حق لاحد في ماليته بخلاف المريض
يعتق عبده وعليه دين فهناك تجب السعاية عليه لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اعتق
المرهون وذكر في الذخيرة ان مسألة الاعتاق والطلاق على ثلاثة اوجه فان الرجل اذا
اكره على اعتاق عبده بوعيد تلف فقال للعبد انت حر فهذه المسألة على ثلاثة اوجه فان
~~الرجل اذا اكره على اعتاق عبده بوعيد~~ الوجه الاول ان يقول خطر ببالي الاخبار بالحرية
فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا انشاء الحرية وفي هذا الوجه يعتق العبد في القضاء
ولا يعتق فيما بينه وبين ربه لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في اقراره فلا يصدقه
القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد انما عتق بالاقرار طائعا
فلا يكون على المكره ضمان فان المكره انما يضمن فيما يضمن اذا اتى المأمور بما امر به على وفق اكراهه
والثاني ان يقول خطر ببالي الاخبار كاذبا وتركت ذلك واردت مستقبلا كما طلب مني
وفي هذا الوجه عتق العبد في القضاء وفيما بينه وبين ربه وهذا ظاهر ويضمن المكره
هنا قيمة العبد والثالث ان يقول لم يخطر ببالي شيء وقد اتيت بما طلب مني والجواب
فيما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا انه لم يدخل نظير الجواب فيما اذا اكره على
عتق العبد في حق وقوع الطلاق ووجوب الرجوع على المكره الا ان الرجوع بنصف الصداق لا
بقيمة العبد ان جاءت الفرقة من قبلها بان مكنت من ابن زوجها بنفسها من غير كره او ارتدت

والعياذ

والعياذ بالله بخلاف ما اذا دخل بها اي لا يرجع الزوج هنا على المكره بشيء من المهر لان المهر كله قد
تقرر على الزوج بالدخول فالمكره انما اتلف عليه ملك النكاح وملك النكاح لا يتقوم بالاتلاف
على الزوج ولا على المرأة اذا ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل منكوحة الغير خلافا للشافعي
رحمه الله فانه يجعل البضع مضمونا بمهر المثل عند الاتلاف على الزوج كما هو مضمون بمهر المثل عند
دخوله في ملك النكاح ولكنا نقول البضع ليس بمال متقوم فلا يجوز ان يكون مضمونا بالمال لانه
لا مماثلة بين ما هو مال وما ليس بمال وتقومه عند التملك بالنكاح لاظهار خطر المملوك وهذا
الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه الا ترى ان ازالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح فلا حاجة
الى اظهار الخطر عند اظهار بطلان الملك فلهذا لا يضمن المتلف شيئا كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة
ان الرجل اذا اكره بوعيد تلف على ان يعتق عبده او يطلق امرأته التي دخل بها ايهما شاء ففعل
المكره احدهما نفذ ذلك عليه ولزمه الاقل من نصف الصداق ومن قيمة العبد لانه في التزام
الاقل مضطر وفي التزام الاكثر ليس بمضطر والرجوع بسبب الاضطرار فيرجع بالاقل لهذا وان كان
الزوج قد دخل بالمرأة وباقي المسألة بحالها لم يرجع على المكره بشيء لانه ان اوقع الطلاق فلا اشكال
ان المكره بالاكراه على ايقاع الطلاق لم يؤكد بهذا على الزوج السقوط انما اتلف عليه مجرد
ملك النكاح فلا يضمن بالمال وان اوقع العتق فلانه كان يمكنه دفع البلاء بالطلاق وانه
دون العتق لان المتلف ليس بمال فيجعل طائعا في العتق فلا يكون له الرجوع ففعل الوكيل
جاز استحسانا انما ذكر هذا لان القياس ان لا تصح الوكالة مع الاكراه لان الوكالة تبطل بالهزل
فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذلك
التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة فاذا لم تبطل نفذ تصرف
الوكيل ويرجع على المكره اي يرجع المكره على الذي اكرهه بما غرم من نصف الصداق وبقيمة
العبد استحسانا وانما قيد به لان القياس ان لا يرجع عليه لان الاكراه وقع على الوكالة
وزوال الملك لا يثبت بالوكالة فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الاتلاف
اليه كما في الشاهدين اذا شهدا ان فلانا وكل بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا
وجه الاستحسان ان غرض الذي اكرهه زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا
لا يحصل ما فعل طريقا الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه هذا
كله من الايضاح وقوله والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الوكالة من جملة الاسقاطات
تكون قابلة للتعليق بالشرط وذلك لان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا
حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقط حقه فيكون اسقاطا والنذر لا يعمل فيه الاكراه اي يصح النذر
مع الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ وانما علل هذا لان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر
فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان المنع من العمل بعد وجود السبب نظير الرفع بعد الثبوت
وقد ورد في الحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنذر بمعنى اليمين
كذا في الايضاح وحاصله ان الاكراه لا يفوت الرضا واثر عدم الرضا عدم اللزوم فلما انعدم
اللزوم تمكن المكره من الفسخ فكان عمل الاكراه في تمكين المكره من الفسخ بعد التحقق وهذه الاشياء
التي ذكرها من النذر واليمين والظهار وغيرها لا تحتمل الفسخ فلا يعمل الاكراه فيها اما في الطلاق
والعتاق فعمل الاكراه في فسخها معنى حتى يرجع على المكره ببدل ما فات عنه وهو قيمة العبد ونصف
المهر لو كان الطلاق واقعا قبل الدخول وذكر في المبسوط والايضاح ولو اكره بوعيد تلف
حتى جعل على نفسه صدقة لله تعالى يعني اكره على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا
او عمرة او غزوة في سبيل الله او بدنة او شيئا يتقرب به الى الله تعالى لزمه ذلك وكذلك ان اكرهه
على اليمين بشيء من ذلك او بغيره من الطاعات والمعاصي والاصل فيه حديث حذيفة رضي الله
عنه ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه على ان لا ينصر رسول الله عليه الصلوة والسلام في
غزاة حلف مكرها ثم اخبر رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين
بالله عليهم وقد بينا ان اليمين بمنزلة الطلاق والعتاق في الهزل والجد فيه سواء وهذا لان

فيه منع نفسه عن شيء او ايجاب شيء على نفسه لحق الله تعالى فيكون في معنى الطلاق والعتاق الذي يتمحض
حرمة الفرج حقا لله تعالى فيستوي فيه المكره والمطوع والنذر مثل اليمين في هذا المعنى وقال عليه
الصلوة والسلام النذر يمين فلا رجوع على المكره بما لزمه لان الزامه لا يصير منسوبا الى المكره فانما
ينسب اليه التلف الحاصل ولا يتلف عليه شيء بهذا الالزام ثم المكره انما الزمه شيئا يؤمر به بل يؤمر بالوفاء
فيما بينه وبين ربه من غير ان يجبر عليه في الحكم ولو ضمن له شيئا كان يجبر عليه فيما ضمن في الحكم فيؤدي الى ان يلزمه
اكثر مما لزم المكره وذلك لا يجوز وكذلك اليمين والظهار اما اليمين فقد ذكرناها واما الظهار فانه اذا
اكرهه على ان يظاهر من امرأته فظاهر فكان مظاهرا لان الظهار من اسباب التحريم ويستوي فيه الجد والهزل
وقد كان طلاقا في الجاهلية فاوجب الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فكما ان الاكراه لا يؤثر في الطلاق
فكذا في الظهار فان اكرهه على ان يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي اكرهه لانه امره بالخروج عن حق لزمه
وذلك حسبة لا اتلاف شيء عليه بغير حق وان اكرهه على عتق عبد بعينه ففعل وعتق وعلى المكره قيمته
لانه صادف متلفا عليه مالية العبد باكراهه على ابطاله ولم يكن عتق هذا العبد بعينه مستحقا عليه
بل المستحق عليه كان واجبا في ذمته من غير ان يقصد ابطال ملكه في شيء من اعتاق ماله بما لا يجزيه عن الكفارة
فيما انه في معنى عتق بعوض ولو استحق العوض مع العبد بالشرط لا يجوز من الكفارة وكذلك اذا استحق العوض
على المكره فان قال انا ابرئه من القيمة حتى يجزي في الكفارة لم يجزه ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة
والمانع بعد ابرا عن الدين ولا براء لا يتأدى الكفارة فان قال اعتقته حين اكرهني وانا اريد به كفارة الظهار
ولما اعتقه لاكراهه اجزاه من كفارة الظهار ولم يكن له على المكره شيء لانه اقر انه كان طائعا في تصرفه قاصدا
الى اسقاط الواجب عن ذمته وانه صحة عليه وكذلك الرجعة والايلاء فانه لو اكرهه على الرجعة فراجعها صح الرجعة
ولو اكرهه بوعيد تلف حتى آلى من امرأته فهو مول لان الايلاء طلاق مؤجل او هو يمين في الحال والاكراه لا يمنع
كل واحد منهما فان تركها اربعة اشهر فبانت منه ولم يكن دخل بها وقع عليه نصف المهر ولم يرجع على الذي
اكرهه لانه متمكن من ان يقربها في المدة فاذا لم يفعل فهو كالراضي بما لزمه من نصف الصداق وان قربها
كان عليه الكفارة ولم يرجع على المكره بشيء لانه اجاء على شيئين اكراه فانه بالاكراه منعه عن القربان وقد
اتى بضده ولانه الزمه كفارة بغي بها فلا يرجع عليه بضمان بحبس به وكذا الفيء منه باللسان كما ذكره في الكتاب
وكذلك الخلع يعني اذا اكره رجلا على ان يخالع امرأته فخالعها وهو قد دخل بها فصح الخلع ولا يرجع على المكره بشيء ان
كان مهرها الذي تزوجها عليه اكثر من بدل الخلع لما ان ذلك المهر قد تقرر عليه بالدخول وعن هذا قالوا ان رجلا
اكره بوعيد تلف حتى خلع امرأته على الف درهم ومهرها الذي تزوجها عليه اربعة الاف درهم وقد دخل بها والمرأة غير
مكرهة فالخلع واقع لان الخلع من جانب الزوج على امرأته الف درهم لانها قد التزمت الالف طائعة بازاء ما سلم لها
من البينونة ولا شيء على المكره للزوج لانه ما اتلف عليه ملك النكاح وقد بينا انه لا قيمة لملك النكاح عند الخروج من ملك
الزوج وانه ليس بمال فلا يكون مضمونا بالمال الا عند الحاجة الى الصيانة والمصون المحل المملوك الوارد عليه لا
حال ازالة ثبوت الملك بغير شيء ولا عوض هذا كله من المبسوط الا ان يكرهه السلطان اي حينئذ لا حد على المكره اذا زنا
وهذا الذي ذكر قوله الآخر واما قوله الاول يجب الحد على المكره اذا زنى وان كان المكره سلطانا وهو قول زفر رحمه
الله ثم رجع فقال لا حد عليه اذا كان المكره سلطانا وهو قولهما وجه قوله الاول ان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار
الآلة ولا تنتشر الآلة الا بلذة وذلك دليل الطواعية لان مع الخوف لا يحصل انتشار الآلة وفرق على هذا القول بين الرجل
والمرأة وقال المرأة في الزنا محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها الا ترى ان فعل الذي يتحقق في نائمة او مغمى عليها كان من
جانب الرجل وفرق على هذا القول بين الاكراه وبين الاكراه على القتل لا قود على المكره وعليه الحد في كل واحد من الوجهين
بالحرمة لا تنكشف بالاكراه ولكن القتل فعل يصلح ان يكون المكره آلة فيه للمكره فبسبب الالجاء يصير الفعل منسوبا
للمكره ولهذا الا لزمه القصاص واذا صار منسوبا الى المكره يلزمه الحد قوله الاخر ان الحد مشروع للزجر ولا حاجة
في تلك الحالة الا الاكراه لانه كان منزجرا الى ان تحقق الالجاء بخوف التلف على نفسه فانما كان قصده بهذا الفعل
دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على انعدام
الخوف فقد تنتشر الآلة طبعا بالفحولة التي ركبها الله تعالى في الرجال وقد يكون ذلك طوعا الا ترى الى النائم
تنتشر آلته طبعا من غير اختيار منه ولا قصد ثم على القول الآخر قال ابو حنيفة رحمه الله ان كان المكره غير السلطان
يجب الحد على المكره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان قادرا على ايقاع ما هدده به فلا حد على المكره سواء كان

المكره

[illegible]

المرتد لعذر وكراهيته بقلبه لا يضره شيئاً وقد اطرق محمد هذا الفصل بان خطر بباله رجل من
المسلمين يقال له محمد غير رسول الله عليه الصلوة والسلام وانما قال رجل من النصارى لان
الشتم في حق النصارى اهون منه في حق المسلم كذا في المبسوط وفي الايضاح وهذا على ان قوله
بانت قضاء لا ديانة فيما اذا اظهر نيته وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمداً آخر غير النبي عليه
الصلوة والسلام لان القاضي لا يقبل بينته وقد اتى لغير ما امر به المكره فكان طائعاً في هذا
ونيته باطلة فكذلك تبين منه امرأته قضاء واما اذا لم يقل نويت به الصلوة لله تعالى ومحمداً
آخر فلا تبين منه امرأته قضاء ولا ديانة **قوله** رحمه الله لما مر اراد به قوله لانه مبتدأ بالكفر
هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره لانه لما خطر بباله شتم محمد النصراني فقد وجد مخرجاً عما
ابتلي به ثم لما ترك ما خطر بباله وشتم النبي عليه الصلوة والسلام كان كافراً فان وافق المكره
بما اكرهه لانه انما وافقه بعد ما وجد المخرج مما ابتلي به فكان غير مضطر في موافقته وهو من
شتم محمد النبي عليه الصلوة والسلام من غير اضطرار كان كافراً والله تعالى الموفق بمنه وكرمه

٥ ٥ ٥ كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل واحد منهما سلباً لولاية المختار على التحري على موجب اختياره الا
ان الاكراه اقوى فائدة في حق سلب الولاية لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة
بخلاف الحجر وكان من حقه بالتقديم لقوته محاسن الحجر هو النظر والرحمة في حق المحجور وفي حق من
يتوب عنه لان المحجور انما يحجر عمل بهواه لاسباب تقتضي الحجر عن متبعاه لان الله تعالى خلق الورى
وتفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الرأي والنهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل
بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه
الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظراً من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما
هو ضرر يلزمهما لانه ليس لهما عقل كامل يردعهما ومن نفعا لهما باختيار الكامل يستجر نفعه
يلزمهما الضرر ولا يحيص لعدم تحققه واثبت الحجر عن تصرفهما لكن يمنع الضرر عن الوقوع في حجر
الصبي والرقيق اما الصبي ففي اول احواله كالمجنون وفي آخره كالمعتوه فما هو المتوقع من ضرر بهما
يتوقع في حق الصبي واما الرقيق فيتصرف كالمعتوه فما هو المتوقع من ضرر بهما يتوقع في حق الصبي واما
الرقيق فيتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في
مال نفسه عادة فسد باب التصرف عن الرقيق بالحجر لرقته نظراً للمولى واما حجر المديون وحجر
السفيه على قولهما فينتظر المحجور ولغيره على ما يجي واذا ثبت هذا علم ان الحجر في انواعه مبني على الرحمة
والنظر ودفع الاذى والضرر وكان الحجر بسبب المعنى في نفسه لما ان احكام امر الديانة والاسلام
تبنى على التعظيم لامر الله تعالى والشفقة على خلق الله تعالى ولا ارتياب لاحد في ان حسن تعظيم
امر الله تعالى واتى وكذا شفقته على خلق الله ثم يحتاج هاهنا الى بيان الحجر لغة وشرعاً واسبابه ‏به
وانواعه اما الاول لغة المنع فانه مصدر قولك حجر عليه القاضي يحجر حجراً اذا منعه من التصرف
في ماله واما شرعاً فانه عبارة عن منع مخصوص وهو المنع من التصرف في حق شخص مخصوص
وهو الصغير والرقيق والمجنون واما اسبابه فما ذكر في هذه الاسماء وهو الصغر والرق
والجنون واما انواعه فهذه الثلاثة بالاتفاق وهو الصغير والرقيق والمجنون والحق بهذه
الثلاثة ثلاثة اخرى وهو المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس وهذا ايضاً
بالاتفاق على ما حكي عن ابي حنيفة رحمه الله واما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً
على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب وهو الذي لا يفيق
زماناً بحال اي في كل الاحوال هذا احتراز عن المجنون يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف
الصبي العاقل على ما يجي فيتوقف على اجازة المولى واما تصرف المجنون المغلوب فلا يجوز اصلاً
بلا توقف والصبي يرتفع اهليته بضم الرأي على ما مر المعقول ورفع اهليته اي ينتظر اهليته
ومن باع من هؤلاء اي الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وهو يعقل البيع اي يعلم ان

[illegible]

[illegible]

البيع سالبٌ للملك والشرا جالبٌ هذا احتراز عن بيع الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم
فالولي بالخيار وكذلك الوصي ايضا بالخيار فان له ولاية الاذن كالولي ذكره في الذخيرة
قال فيها واذا باع الصبي شيئا من ماله او اشترى لنفسه قبل الاذن وهو يعقل البيع والشرا
ينعقد تصرفه عندنا وكذلك الصبي الذي يعقل البيع والشرا اذا توكل على غيره بالبيع والشرا
فباع واشترى جاز عندنا فالمذهب عندنا ان الصبي العاقل صحيح العبارة فما ينفعه من التصرفات
سواء كان مولياً عليه او لم يكن كقبول الهبة والاسلام وفيما يتردد بين الضرر والنفع كالتجارة
فهو صحيح العبارة انعقادا لا انفاذا وفيما يضره من كل وجه كالطلاق والعتاق فهذا فاسد
العبارة نفاذا وانعقادا ومعنى قول محمد رحمه الله في الكتاب اذا كان الصبي يعقل البيع
والشرى يعني اذا كان يعقل البيع والشرا ان كان يعرف ان البيع سالبٌ للملك والشرا جالبٌ
ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لان نفس العبارة كما صحت اذا انضم البيع والشرا
يلفقهما **قوله** رحمه الله فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشرا فالاصل فيه النفاذ
على المباشر يعني حكم الشرا هو النفاذ من غير توقف على شاهد في فصل بيع الفضولي من كتاب البيوع
فكيف قال هنا مع ذلك فينعقد موقوفا على الاجازة فاجاب عنه بما اجاب في الكتاب ثم اعلم
ان هذا الاشكال الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هولاء
شيئا او اشتراه اما هنا لم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن حمل المذكور في القدوري
مذكورا هاهنا اورد الاشكال وهذه المعاني الثلاثة هي الصغر والرق والجنون توجب
الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف بحالا لاقوال التي يتردد بين النفع والضر كالبيع والشرا
بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد واجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال
تمحض ضررا في الطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون والعبد دون العبد وقوله
دون الافعال اي لا يوجب الحجر في الافعال حتى لو انقلب على قارورة انسان مثلا فكسرها
يجب الضمان عليه في الحال وكذا العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما ضمانه في الحال
لا مرد لها اي للافعال لان الاتلاف بعد حصوله لا يمكن ان يحمل بلا تلاف بخلاف الاقوال
اي بخلاف اقوال هولاء فان هولاء وهم الصغير والمجنون والعبد محجورون عن نفاذ الاقوال
التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشرى وقوله موجودة عن النقض على الحال وقوله
بالشروع حسن لان اعتبارها اي لان اعتبار الاحوال انما يكون بشرع الشارع لو لم يجعل اقوال
هولاء فيما يتردد بين النفع والضرر معتبرة في حق النفاذ لما ان القصد وهو ارادة حكم ما باشره
من العقود شرطه في حين هذه التصرفات ولهذا لم ينعقد بيع الهازل وليس للصبي قصد لقصور
العقل فلم يوجد المشروط وهو نفاذ هذه العقود لعدم شرطه وهو القصد واما في حق العبد
فللزوم الضرر على المولى من غير اختياره فلذلك موقف الى اجازة المولى الا اذا كان فعلا
يتعلق به حكم يندري بالشبهات وهذا الاستثناء من قوله دون الافعال حتى وجب الضمان
فيما اتلفوا مال انسان او نفسه الا في الفعل الذي يوجب الحد والقصاص والزنا وشرب
الخمر والسرقة وقتل نفس معصومة عمدا فان ذلك الفعل لو وجد من الصبي والمجنون لا
يوجب الحدود والقصاص فان عدم القصد ثابت في حقهما لقصور عقلهما فكان ذلك شبهة
في وجوب الحدود والقصاص ولا يوجب في الشبهة والصبي والمجنون لا يصح عقودهما اي لا
ينفذ فانه ينعقد موقوفا على ما مر في قوله ومن باع من هولاء وهو يعقل البيع ويقصده
فالولي بالخيار وانما اعاد هذا لسياق احكام العقود وهي كلها مذكورة في موضع واحد
وهذه العبارة تعلم ان المفتي لو سئل عن هذا العقد الموقوف ايجوز ام لا ينبغي ان يجيب
بلا يجوز ولا يجيب بانه ينعقد موقوفا حيث ذكرها هنا لا يصح عقودهما ولم يقل ينعقد
موقوفة ثم ان الحكم ولاء موقوف للولي على عدم التوافق اي بين الصغر والازالة فلا يكون
واقفا على المصلحة ولذلك اجازته اولى ولا ينفذ ان يباشرته اي بمباشرة الولي والحائط
المايل بعد الاشهاد يعني لا يقصد من صاحب الحائط بخلاف القولي فانه يتوقف على القصد

رضي الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روي انه كان لها رباع فهمت ببيع رباعها المتصدق
بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لتنتهين عايشة عن بيع رباعها او لاحجرن عليها قلت
انا قوله عن الاباء فقال فقيل المراد بالسفيه الصغير او المجنون لان السفه عبارة عن الخفة
وذلك بانعدام العقل او بنقصانه فكلمته تحمل قوله فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا
اي صبيا او مجنونا وكذلك قوله ولا تؤتوا السفهاء اموالكم اما ان يكون الصبيان او المجانين
بدليل انه اثبت ولاية الولي مطلقا ومن اوجب الحجر على السفيه يقول بان ولاية الولي مطلقا
ومن اوجب الحجر على السفيه يقول بان ولاية الولي تزول عنه بالبلوغ عن عقل والمراد نهي الازواج
عن دفع المال الى النساء وجعل التصرف اليهن كما كانت العرب تفعله الا ترى انه قال اموالكم
وذلك يتناول اموال المخاطبين بهذا النهي لا اموال السفهاء واما حديث عبد الله بن جعفر
فدليلنا لان عثمان امتنع من الحجر عليه مع سوال علي رضي الله عنه والزم ما فيه انه لم يكن في ذلك
التصرف غبن فاحش ورغب الزبير في الشركة ولكن المبذر ان يتصرف تصرفا واحدا على وجه
لا يغبن فيه فانه يحجر عليه عند من يرى الحجر عليه فلما لم يحجر عليه دل ان ذلك على سبيل التخويف
وحديث عايشة رضي الله عنها دليلنا ايضا فانها لما بلغها قول ابن الزبير حلفت ان لا تكلم ابن
الزبير ابدا فلو كان الحجر موجبا حكما شرعا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله
ما هو حكم شرعي وبهذا تبين ان ابن الزبير انما قال ذلك كراهة ان تفني مالها فتبقى بالعقد
معسرا لا على غيرها بعد ما كان يعولها رسول الله عليه الصلوة والسلام والمصير الى هذا
اولى ليكون ابعد عن نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضي الله عنهم كذا في المبسوط والحاقة
رجل بالبهائم لان الادمي انما بان من سائر الحيوانات ببيانه وباعتبار قوله في التصرفات
كالحجر على المتطبب الجاهل فان الطبيب الجاهل يسقي الناس في امراضهم دواء مهلكا وهو لا يعلم
بذلك او لا يعلم كذا في الذخيرة والمفتي الماجن هو الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له ومصدره
المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب كذا في المغرب وذكر في الذخيرة والمفتي الماجن
هو الذي يعلم الناس حيلا باطلة بان يعلم بان ترتد مستبين من زوجها وبعلم الرجل ان يرتد
يسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حراما او يحل حلالا فضرر هذا متعد الى العامة
والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكري ويواجر الابل وليس له ابل ولا ظهر يحمل عليها
ولا مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكري اليه ويصرف هو
ما اخذ منهم في حاجته فاذا جاء اوان الخروج يخرج هو عن نفسه فتذهب اموال الناس
وربما يصير ذلك سببا لتقاعدهم عن الخروج الى الحج والغزو ففساد هذا الشخص متعد ايضا
والحاق الضرر عن العام جائز اما ضرر الحجر المختلف فيه غير متعد بل يقتصر عليه فلا يكون
الحجر المختلف متعدد فيه نظير هولاء فجواز الحجر في حق هولاء لا يدل على جواز الحجر المختلف فيه
ولا يصح القياس على منع المال اي اذا بلغ سفيها يمنع عنه المال بالاتفاق ولكنا نقول
ان منع المال منه على طريق بعض مشايخنا ثابت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له
عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب في الحسبة واما اهدار القول في التصرفات
معنى حكمي والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود فلا يدخل عليه اسقاط شهادة
القاذف فانه من الحد عندنا لانا نقول انما كان ذلك تابعا لما هو حسي وهو اقامة الحد
ولئن ثبت جواز ذلك ولكن لا يمكن اثبات العقوبة بالقياس وقد ورد النص بمنع المال
الى ان يونس منه الرشد ولا نص في الحجر عليه من التصرف بطريق التبعية مع ان في منع اليد على
المال نعمة زائدة واطلاق اللسان في التصرفات نعمة اصلية ثم الحاق ضرر يسير في منع
المال لمراعاة فيه اولى في النظر اليه لا يستدل على انه يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية
لمعنى النظر له لانه لا يجوز ابطال اهلية العقل لصيانة الادمي كذا في المبسوط لان الحجر
ابلغ منه في العقوبة اي لان الحجر من التصرف ابلغ من منع المال من يده في العقوبة ومنع
المال مفيد هذا جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد وقال هو في الذخيرة وقوله بل منع المال

[illegible]

لا يعتبر بدون الحجر عن التصرفات قلنا هذا فاسد لانه لما منع ماله عنه لا يتلف ما له بيده وان
كان يتلف ماله بلسانه على قولكم وقيل المنع يتلف بيده ولسانه فكان المنع مفيدا
عليه ثم رفع الى قاضٍ آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر عنه فتوى وليس بقضاء
هذا جواب عن سؤال ذكره في الايضاح وقال فان قيل تصرف المحجور عليه بالسفه يجب ان لا ينفذ
على قول ابي حنيفة رحمه الله بعد ما قضى القاضي حتى وجد القضاء بالمختلف فيه صار متفقا عليه
كما لو قضى القاضي بجواز بيع المدبر قلنا هذا هكذا اذا وجد القضاء بالمختلف فيه وعلى قول محمد
رحمه الله هذا فتوى وليس بقضاء فانه لا يثبت بسبب هذا القضاء ما لم يكن ثابتا فانه كان محجورا
عليه قبل القضاء حتى كان مفسدا لماله وهذا موجد الفتوى فيكون هذا فتوى عند محمد رحمه
الله وبالفتوى لا يصير المختلف متفقا عليه وعند ابي يوسف ان كان يحتاج فيه الى حكم الحاكم
ليصير محجورا عليه فيكون قضاء من هذا الوجه لانه يثبت بقضائه ما لم يكن ثابتا الا انه
فتوى من وجه آخر لانه لم يوجد شرط القضاء وهو الدعوى والانكار ولو وجد الدعوى بان
تصرف بعد الحجر ورفع الى القاضي وجوب الخصومة بين المحجور وبين من عاقده فقضى القاضي
عليه بابطال التصرف وصحة الحجر فانه يصير متفقا عليه وكان حكم القاضي بجواز بيع المدبر
قبل وجود الخصومة في ذلك فانه لا يصير متفقا عليه لانه فتوى وليس بقضاء ولعدم وجود
الخصومة اذا اقضى القاضي صار متفقا عليه كذا هاهنا بعد ابطاله اي بعد ابطال القاضي
الثاني وروي بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني لانه حكم بفساده هكذا وجدت
بخط شيخي رحمه الله الا ترى انه يصير جدا في هذا السن وذلك ان ادنى مدة البلوغ في حق
الغلام اثنا عشر سنة ثم يولد له ابن لستة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين سنة فلذلك
قدر بخمس وعشرين سنة ولو فرضنا مقام الابن البنت يصير جدة في اثنين وعشرين سنة
لان في بلوغ البنت لتسع سنين لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والاناث والمناسبة
صار فرعه اصلا لان الجد متناهيا في الاصالة واذا انتهى من رشد في سن تناهت
اصالته عرفنا انه انقطع رجاء التاديب منه فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك اذ المنع كان
للتاديب في حق ماله لان الحجر دائر بين الضرر والنظر لانه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد
الحجر فيبقى ملكه كما كان ففي ابقاء الملك له نظر وفي اهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يترجح احد
الجانبين منه الا بقضاء القاضي وصحته ان السفه ليس بشيء محسوس وانما يستدل عليه بان
يغبن في التصرفات وقد يكون ذلك للسفه وقد يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهرين
فاذا كان محتملا امرا دائرا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضي هو بخلاف الصغر والجنون والعته
لان الحجر بهذا السبب مختلف بين العلماء فلا يثبت الا بقضاء القاضي كالحجر بسبب الدين
اذ العلة هو السفه والسفه بمنزلة الصبي لانه قد قامت الدلالة لنا على ان السفه
في ثبوت الحجر نظير الصبي والجنون والحجر هناك ثبت بنفسهما من غير حاجة الى القضاء
فكذلك بالسفه والفرق لمحمد رحمه الله بين حجر السفه حيث لا يتوقف الى القضاء وبين
حجر المديون حتى يتوقف الى قضاء القاضي هو ان حجر السفه لمعنى فيه وهو سوء اختياره
لا لحق الغرماء فاشبه الجنون والصبا يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هاهنا
فاما الحجر بمعنى الدين ليس بمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف
على قضاء القاضي لان له عليه ولاية بعمل بحكم فاما الغرماء فلا ولاية لهم فلا يجوز حجره
بدون الحجر بسبب الدين يخالف الحجر بسبب السفه من وجوه ثلاثة احدها هذا وهو ان الحجر
بسبب السفه لا يتوقف الى القضاء عند محمد رحمه الله بخلاف الحجر بسبب الدين فانه يتوقف
لما قلنا والثاني هو ان المحجور عليه بسبب السفه اذا اعتق عبدا او وجبت عليه السعاية
فانه لا يرجع بما سعى على المولى فان ذلك المحجور والمفتي عليه بالافلاس اذا اعتق عبدا مما
في يده وجبت على العبد السعاية واذا ادى فانه يرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر
والفرق ان في الحجر بالسفه انما وجبت السعاية للعبد عليه لا يحصل هنا المقصود انا

في

عادوا الى الاصل القياس اي يقولون في المذكر الثاني عشر وفي المونث الثانية عشرة والتاسعة
عشرة بني الاسمين على الفتح كما في احد عشرة فعلى هذا الاصل يجب ان يقال في قوله وقيل المراد
ان يطعن في التاسعة عشر اذ المعتبر في التاسع عشر وعنه اي وعن ابي حنيفة رحمه الله والاختلاف
اي في الرواية منها اي في الغلام والجارية هذا اقل ما قيل فيه فان بعضهم قال اثنان وعشرون
وبعضهم خمس وعشرون وهو قول عمر رضي الله عنه وقال بعض السلف ثمانية عشر سنة وهذا اقل
ما قالوا اوجب ان يتعلق الحكم به لانه هو المتيقن كذا في شرح الاقطع لاستمالهما على المعقول التي
توافق منها المزاج لا محالة اي انما زاد ناسنة في حق الغلام ليوافق فصلا من فصول السنة
مزاجه فيتقوى مزاجه رهقه اي يا منه همقا وحنه اذا صلى احدكم الى سترة فليرهقها وصبي مراهق
لداني الغرب فاشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله بهم قيل انما يعتبر قوله
في البلوغ فيما اذا بلغ اثنى عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك وذكر في الفصل الخامس
من بيوع فتاوى قاضي خان صبي يبيع ويشتري وقال انا بالغ ثم قال بعد ذلك لست ببالغ
فان كان حين اخبر عن البلوغ يحتمل البلوغ فان كان سنه فان كانت اثنى عشرة سنة او اكثر
لا يقبل جحوده وان كان سنه دون ذلك لا يصح اخباره بالبلوغ ويصح جحوده كذا ذكره في فتاوى
القاضي الامام ظهير الدين رحمه الله تعالى والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

٥ باب الحجر بسبب الدين ٥

اعلم ان الدين ايضا من اسباب الحجر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فلذلك ذكره في كتاب
الحجر وانما اخر هذا الحجر عن الحجر بسبب السفه لان هذا الحجر موقوف الى طلب الغرماء حجره مع ان
الاصل في الذمم هو البراءة عن الدين كما ان الاصل هو الرشد دون السفه فكان في هذا
الحجر فصل زيادة فقدم الحجر بعدما وقعت المشاركة بينهما في اصالة عدم سبب الحجر لهما فكان
الفرعية ثابتة في هذا الحجر اذ المزيد عليه اصل والفرع مؤخر عن الفرع الاصل وجودا فلذا
ذكرا طلبا للتناسب اعلم ان الحجر بسبب الدين له شرائط احدها ان القاضي اذا حجر عليه
بسبب الدين يشهد عليه انه قد حجر عليه في ماله والاشهاد ليس بشرط لصحة الحجر وانما احتيج
اليه لانه يتعلق بهذا الحجر احكام وربما يقع التجاحد فيه فيحتاج الى اثباته فيشهد ليقع الامن
عن التجاحد والثانية انه يبين سبب الحجر فيقول حجرت عليه بسبب الدين لان الحجر على قول من
يقول به انواع يختلف اسبابه وهو باختلاف سببه يختلف في نفسه لان الحجر بسبب السفه يعم
الاموال كلها والحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود له في الحال فاما ما يحدث من المال من
الكسب ونحوه فلا يوثر الحجر فيه وينفذ تصرفه فيه والثالث انه ان يبين صاحب الذي وقع الحجر لاجله
باسمه فيقول حجرت عليه بسبب الذي لفلان بن فلان عليه لان الحجر يرتفع بالوصول باقرار رب الدين
وبوصول الدين اليه فيحتاج الى معرفته ومسائل الحجر كلها على قولهما خلافا لابي حنيفة رحمه الله
وقد ذكرنا هذا كله مما استدركته في الذخيرة ثم ان الحجر بسبب على قولهما في موضعين احدهما
ان من يكون المديون اذا خاف ان يلجئ ماله بطريق بطريق الاقرار بطريق الغرماء بيت
القاضي ان يحجر عليه وبعد الحجر لا ينفذ تصرفه في المال الذي كان في يده عند الحجر وينفذ تصرفاته
فيما يكتسب من المال بعد وفي هذا الحجر نظر للمسلمين فاذا الحجر عندهما بطريق النظر له
فلذلك الحجر عليه لاجل النظر للمسلمين وعند ابي حنيفة رحمه الله كما لا يحجر على المديون نظرا
له فلذلك لا يحجر عليه نظرا للغرماء لما في الحيلولة بينه وبين التصرف في ماله من الضرر عليه
وانما يجوز النظر لغرمائه بطريق لا يكون فيه الحاق الضرر له زيادة على ما ورد الشرع به وهو
الحبس في الدين لاجل طلبه الذي يتحقق بالامتناع من قضاء الدين مع تمكنه منه وتحقق حرف موهوم
منه فلا يحمل كالمتحقق مع الضرر عليه في اهدار قوله فوق الضرر والحبس ولا يستدل بثبوت
الاولى على ثبوت الاعلى ثم هذا الحجر عندهما لا يثبت الا بقضاء القاضي وعند محمد رحمه الله يفرق
بين هذا وبين الاول فيقول الحجر هنا لاجل النظر فيتوقف على طلبهم وذلك لا يتم الا بقضاء
القاضي له والحجر على السفيه لاجل النظر له وهو غير موقوف على طلب احدهم فيثبت حكمه بدون القضاء

[redacted]

والفصل الثاني أنه لا يباع على المديون ماله في قول أبي حنيفة العروض والعقار سواء إلا ما كان
أحد النقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك استحسانا لقضاء دينه وقال أبو يوسف رحمه الله
ومحمد يبيع عليه ماله فيقضي دينه بثمنه كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة من مشايخنا من قال مسألة
الحجر بسبب الدين بناء على مسألة القضاء بالإفلاس فإن من شرط صحة الحجر على المديون القضاء
بإفلاسه أو لأن الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه إنسانا من غير أن يقضي عليه بالإفلاس فلا يصح
حجره بلا خلاف والإفلاس عنده مما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن القاضي القضاء بالإفلاس أولا
والحجر بناء عليه ومن جعل هذه المسألة مبتداة يعلل هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله
بأن الحجر يتضمن إلحاق الضرر بالمحجور ولا يتعلق له بالقضاء بالإفلاس والحجة هو أن بالحبس يضطر
ويكرهه ذلك إلى أن يأتي أمرا باطنه خلاف ظاهره إلى هذا أشار في المغرب لأن عساه أن يلجئ
ماله بأن يعرضه للغبن أو يبيع بيع تلجئة فإنه من عظم لا يمكن الانتزاع من يده كذا لخصه
شيخي رحمه الله ومعنى ورثها ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل يعني أن المحجور بسبب الدين
إذا باع ماله بالغبن لا يصح عندهما سواء كان ذلك الغبن يسيرا أو فاحشا وإذا لم يصح منه الغبن
يخير المشتري بين إزالة الغبن وبين الفسخ كما في بيع المريض مرض الموت وإن باع ماله من الغرماء
وجعل الدين بالثمن قصاصا إن كان الغريم واحدا جاز ذلك وإن كان الغرماء أكثر من يبيع ماله
من أحدهم بمثل قيمته صحيح كما لو باع من أجنبي بمثل قيمته ولكن المقاصة لا يصح وكذا لو قضى دين
بعض الغرماء لا يملك لأن فيه إيثار على الباقين وتخصيصه دينه وإنه محجور عليه وصار
كالمريض مرض الموت كذا في الذخيرة وباع ماله أي باع القاضي مال المحجور حتى لا يحبس بالروح لأن هذا
الحكم ثابت وليست هذه الفائدة لأجله أي لأجل البيع والبيع ليس بطريق متعين لذلك لأنه
يمكنه بالاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة من الناس فلا يكون للقاضي تعيين هذه الجهة
عليه مباشرة بيع ماله بخلاف الجب والعنة فإن التفريق متعين هناك لأنه لما لم يكن الإمساك
بالمعروف تعين عليه التسريح بالإحسان مع عجز عن الإمساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق
وها هنا بخلافه فإن البيع غير متعين لقضاء الدين على ما ذكرنا فلا ينوب القاضي منابه كالمديون
إذا كان معسرا فإن القاضي لا يؤاجره ليقضي دينه من أجرته بالاتفاق وكذلك لا يبيع ما عليه
من ثياب بدنه وكذلك إذا وجب الدين على امرأة فإن القاضي لا يزوجها ليقضي الدين من
صداقها عن التزويج غير متعين لقضاء الدين على ما ذكرنا والحبس لقضاء الدين من الطريق لما
يختار هذا جواب عن قولهما لأن البيع مستحق عليه لقضاء دينه حتى يحبس لأجله أي لأجل البيع
فيقول أبو حنيفة رحمه الله والحبس الذي ذكرتم ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بالنحو الذي
يختار المديون من الطرق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة من الناس
وبيع ماله بنفسه فكان في جواز الحبس إيماء إلى دليل ذلك لأن العلماء لما اتفقوا على حبسه
بالدين كان دليلا على أنه ليس للقاضي ولاية في بيع ماله برضيه لما في الحبس من الإضرار به
وبالغرماء في تأخير وصول حقهم بحبسه كان القاضي حابسا بغير حاجة له إلى الحبس وهو ظلم
فكان في جواز الحبس دليل واضح على أنه لا يجوز للقاضي بيع مال المديون بدون رضاه وهذا
من محاسن العلل حيث جعل دليل الخصم دليل نفسه عليهم بأوضح بيان هذا الذي ذكره كله
لإبطال مذهب الخصم وأما الدليل لأبي حنيفة رحمه الله في إثبات مذهبه فقوله تعالى لا
تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبيع المال على المديون بغير رضاه
ليس بتجارة عن تراض وقال عليه الصلوة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة نفس منه
ونفسه لا تطيب ببيع ماله عليه فلا ينبغي أن يفعله عملا بهذا الظاهر والمعنى فيه أن بيع
مال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عند امتناعه كما في الإجارة والتزويج
على ما ذكرنا لأن البيع غير متعين عليه لقضاء الدين على ما ذكرنا هذا كله مما أشار إليه في
المبسوط باعها القاضي في دينه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله استحسانا وهذا بالإجماع وإنما
خص أبا حنيفة لأن الشبهة ترد على قوله لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض فكان

يبقى

من عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة معقود به كالثمن وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة والمشتري حين افلس بالثمن فقد استحق النظرة شرعا والواجد البائع لم يكن له ان يفسخ العقد قبل حلول الاجل واذا صار منتظرا بانتظار الله تعالى اولى ان لا يتمكن البائع من فسخ العقد كذا في المبسوط ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين اي عن تسليم عين الدراهم المنقودة او غير الدراهم المنقودة ولا يوجب العجز عن تسليم عين المستحق بالعقد وهو الدين وقد وصف في الذمة وقال في الاسرار رحمه الله لنا ان المعقود غير الواجب حقيقة لان الواجب دين وهذا عين وذلك في الذمة وهذا في الكيس وانما جعل في حكم غير الواجب في باب التسليم بخلاف الحقيقة لان التسليم لا يجوز الاستبدال به فاما الديون التي يصح الاستبدال بها فلا يضطر بها شرعا الى ان يجعل العين في الدين فيجوز لذلك عين ومثله وفي المبسوط والمعنى فيه ان لم يتعذر على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشتري مليا وبيان ذلك انه يوجب العقد ملك الثمن فان الثمن يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالعقد دين في الذمة ويبقى الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس محل صالح لوجوب الدين فيها فاما حق الاستيفاء فثابت له للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد الا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء او بالاستبدال وقبض البدل اذا كان مستحقا للبيع لم يصح اسقاطه بالاستبدال كما في البيع عينا او دينا فعرفنا ان حق قبض الثمن له حكم الملك لا انه يكون موجب العقد فبعذره لا يعتبر الشرط قال رحمه الله ما جوابنا عن ما تمسك به الشافعي رحمه الله من الدليل السمعي والعقلي اما السمعي فحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام قال ايما رجل افلس بالثمن فوجد رجل وفي رواية فوجد البائع متاعه عنده فهو احق به واما العقل فهو ان البيع عقد معاوضة مطلقة يقتضي التسوية بين المتعاقدين ثم انه لو تعذر على المشتري قبض المبيع بالاتفاق يثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك اذا تعذر على البائع قبض الثمن بافلاس المشتري وكما ان المالية في الابق كالتاوية حكما فكذلك الدين في ذمة المفلس صار له التاوي حكما لانسداد طريق الوصول اليه ولا فرق بينهما سوى ان الثمن معقود به والعجز عنه يجوز الفسخ فكذا هنا والدليل عليه ان هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع فان من اشترى بفلوس شيئا فكسدت قبل القبض بطل العقد فلما كان هلاك الثمن كهلاك المبيع وجب ان يكون العجز عن تسليم الثمن كالعجز عن تسليم المبيع لا لتقابهما معنى العجز عن تسليم ما وجب عليه قلت اما الحديث فقد ذكر الخطابي رحمه الله باسناده ان النبي عليه الصلوة والسلام قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه بعينه عرمائه او قال فهو اسوة غرمائه فيه وتاويل الرواية الاخرى ان المشتري كان اخذه بغير اذن البائع او مع شرط الخيار وبه نقول ان البائع في هذا الموضع حق الاسترداد واما قوله ان مطلق عقد المعاوضة يقتضي التسوية فقلنا نعم كذلك يقتضي التسوية في القبض ان التسوية قد عدم بالتاجيل في الثمن فلا يبقى له حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لافلاس المشتري وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تعذر هناك موجب العقد ملك فلوس هي ثمن وبعد الكساد لا يبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة فاما بعد افلاس المشتري فيبقى الثمن في ذمته مملوكا للبائع كما استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة بعجز المكاتب لعدم موجب العقد موجب العقد ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يملكه الا بالقبض لان بدل الكتابة ليس بدين حقيقة لان المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولهذا لو كفل له انسان ببدل الكتابة على المكاتب لم يصح الكفالة وللمكاتب ان يعجز نفسه فاذا لم يكن دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض فاذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تعذر ما هو موجب العقد عليه فلذلك تمكن من فسخ العقد وها هنا بافلاس المشتري لا يتغير ملك البائع في الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشتري واما قوله ان الدين في ذمة المفلس قلنا لا نسلم لان الديون اذا كان يعبر بالدين فهو قائم حقيقة حكما مفلسا كان او مليا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله يجب على صاحب الدين الزكوة اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لا يتمكن من فسخ العقد فعلم بهذا كله ان العجز عن تسليم الثمن لا يشبه العجز عن تسليم المبيع لانهما لا يتساويان في موجب العقد والقاطع للشغب في انهما لا يتساويان ان قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليست بشرط

جواز العقد بخلاف جانب المبيع حتى ان المفلس لو اشترى شيئا والبائع لا يعلم انه مفلس صح العقد ولو لم
فلما كان كذلك لم يمكن الافلاس الطارئ اقوى من الافلاس المقارن فلما لم يمنع الافلاس المقارن لزوم
العقد لان لا يرتفع صفة اللزوم بالافلاس الطارئ اولى بخلاف جانب المبيع وهناك ابتدا العقد مع العجز
عن تسليم لا يبقى العقد لا يجوز وان رضي به المشتري فكذلك اذا طرأ العجز ثبت للمشتري حق الفسخ هذا
كله مما اشار اليه في المبسوط واما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وقد ذكرنا مرارا ان الدين
وصف شرعي يظهر اثره عند المطالبة والدراهم والدنانير التي يدفعها المشتري الى البائع عين والعين
غير الدين لان العين غير الوصف لا محالة فالعين لا تثبت في الذمة والوصف تثبت ولما كان كذلك
ينبغي ان لا يتمكن المديون من قضاء الدين اصلا لكن لما دفع المديون الدراهم المنقودة الى رب الدين
صارت ذمة رب الدين مشغولة بدين المديون ايضا لان هذا الدين قبضه رب الدين قبض مضمونه
لانه قبضه متملكا لا مستودعا فيجب الضمان في الذمتين فيلتقيان قصاصا فبرئت ذمة المديون ضرورة
ان لا يكون الدراهم المنقودة هي المستحق بالعقد هذا هو الحقيقة اشارة الى مطلع التعليل وهو ان يسلم العين غير
مستحق بالعقد بل المستحق بالعقد هو الدين وهو وصف لا عين فالعجز عن تسليم العين وهي الدراهم المنقودة لا
يثبت حق الفسخ فيجب اعتبارها اي اعتبار الحقيقة ومن اعتبار الحقيقة لزم القول بعدم جواز الفسخ الا في موضع
التعذر كالسلم فان في السلم اعطى الحنطة المعينة التي هي المسلم فيها خلف الدين الذي هو عين حق رب السلم
لان الدين الذي هو وصف في الذمة هو حق رب الدين وفي السلم ايضا كان الدين الذي في ذمة المسلم اليه
عين حق رب السلم كما في سائر الديون الا ان المنقود المعين الذي هو المسلم فيه خلف عن الدين الذي في ذمة
المسلم اليه هو عين حق رب السلم ضرورة وهو ان بيع المسلم فيه كسائر المبيعات وفي البيع لا بد من مبيع وثمن والذي
نقد رب السلم من راس المال ثمن بالاتفاق لانه معقود به لا معقود عليه فلو لم يجعل ما في ذمة المسلم اليه عين رب
السلم من المعقود عليه كان بيع المسلم فيه بيعا بلا مبيع فيبطل البيع فاضطررنا الى ان نجعل الحنطة المنقودة المعينة
عين حق رب السلم كان العجز عن تسليمها وقت حلول الاجل كالعجز عن تسليم المبيع والعجز عن تسليم المبيع يثبت
للمشتري جواز الفسخ وكذلك العجز عن المسلم فيه يثبت لرب السلم جواز الفسخ للعجز عن تسليم ما هو مستحق العقد
وعظ شيخي رحمه الله ها هنا بالفارسية في حاشية قوله لان الاستبدال ممتنع فاعطى العين حكم الدين در باب سلم
عين را حكم دين اشت چه استبدال جائز نيست حور عاجز امد از تسليم عين گوئي كه عاجز امد ازان اشتار تسليم ما هو مستحق
بالعقد ... والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب ومنه التوفيق والاعانة

كتاب المأذون

اورد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر التناسب اذ الاذن يقتضي سبق الحجر ولما رتبنا هكذا وجدنا هكذا ايضا ذكرا
طلبا للتناسب ثم محاسن الاذن الذي هو الاعلام بالاطلاق عن الحجر ظاهر اعتبارا الاطلاق للحسي كما
في اطلاق الاسير وان هذا نوع من الاكتساب الحلال الذي سماه الله تعالى فضل الله تعالى بقوله وابتغوا من
فضل الله وسمى النبي عليه الصلوة والسلام مباشرة صديق الله بقوله الكاسب صديق الله والشيء الذي هو سبب
لزيادة اهتدائه في التصرفات وربما يكون ذلك سببا لحصول العتق الذي هو راس المنافع عند تحصيل عادات
مرضية للمولى حيث يكتسب العبد بولاية في نفسه الدنيئة التي لم يتمكن فيها من حال رقه ويحصل للمولى ثواب العتق
الموعود الذي هو النجاة من النار الكبرى فيحتاج ها هنا الى بيان الاذن لغة وشرعا وبيان دليل شرعيته
وما يحصل به الاذن وسببه وشرطه وحكمه اما اللغة فالاذن رفع المانع لمن هو محجور عنه والاعلام بالاطلاق
فيما حجر عنه من اذن له في الشيء اذنا واما شرعا فالاذن في التجارة عبارة عن فك الحجر الثابت بالرق ورفع
المانع من التصرف مصيرا للاذن كالاخرار في حق التصرف وهذا عندنا واما عند الشافعي رحمه الله فهو عبارة
عن انابة وتوكيل ويظهر ثمرة الاختلاف في ان الاذن بالتجارة عندنا لا يختص بنوع دون نوع بل يثبت في الانواع
كلها وعنده يتخصص وهذا لا يتخصص بمكان دون مكان ولا بزمان دون زمان بل يعم الاماكن والازمان
كلها لان العبد عندنا يتصرف بحكم المالكية الاصلية وانها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت وسنجيء دليل
ذلك في بيان هذا ان شاء الله تعالى واما دليل شرعيته فالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله
تعالى وابتغوا من فضل الله والاذن للعبد في التجارة طريق ابتغاء فضل واما السنة فهي ما روي عن النبي عليه
الصلوة والسلام انه كان يركب الحمار ويجيب دعوة المملوك وفيه دليل على تواضع رسول الله عليه الصلوة

السلام

[redacted]

[illegible]

سكوته

سكوته **فان قلت** اما الجواب عن المسالة الاولى فهو انما لم يجز ذلك التصرف سكوت المولى لان تصرفه
فى ذلك العين الذى باع يقع على طريق الوكالة والوكالة لا تثبت بالسكوت ولكن نقول اذا نا فى الانواع كلها
فكان هذا بمنزلة ما اذا راى المولى عبده المسلم يشترى شيا بالخمر او بالخنزير فسكت يصير العبد ماذونا فى التجارات
وان كان لا يجوز هذا الشرا كذا ههنا وذكر فى المبسوط لو راى عبده يبيع عينا من اعيان ملكه وهو يراه فسكت لم يكن
بائعة لعين امره فلم ينهه كان ماذونا بسكوت المولى عن النهى بعد علمه بتصرفه ولكن لا يجوز ما باع من متاع المولى فى
ان جواز البيع فى ذلك المتاع فى عقد التوكيل وذلك يحصل الامر بالابتداء او الاجازة فى الانتهاء والسكوت
لا يكون امرا ولا اجازة فلا يثبت به التوكيل لا يرى ان فيما يبيع من متاع المولى بامره او الحقه العهدة فيرجع بها
على المولى بخلاف صيرورته ماذونا وعن هذا المعنى قلنا ان جواز هذا التصرف ازالة ملك المولى عما يبيعه وفى
ازالة ملكه ضرر محقق فلا يثبت سكوته فى ثبوت الاذن ضرر على المولى متحقق فى الحال وقد يلحقه الدين وقد
لا يلحقه ولو لم يثبت الاذن به يتضرر الناس فى معاملاتهم به وكذلك الجواب فيما اذا راى اجنبيا يبيع ماله
فسكت لما ان ضرر المالك متيقن فانه يزول ملكه عن العين فى الحال وزوال ملك الانسان عن العين وان
كان بعوض حتى لم يملك عليه ذلك حالة الاختيار واما مسالة الرهن فانا لو لم يثبت الاذن حتى ابطل المرتهن
البيع يبطل ملك الراهن عن العين ملكا موقوفا فان مع المرهون موقوف على ظاهر الرواية ولو اثبتنا الاجازة
على المرتهن ابطلنا ملك المرتهن عن اليد ملكا باتا وهى لا يتصل اليه فى محل اخر فكان ضرر المرتهن اقوى فكذلك
لا يثبت الاجازة بالسكوت واما مسالة تزوج العبد فانا لو اثبتنا الاذن تضررت المراة بزوال ملكها عن منافع
بضعها وهى فى حكم العين ولو لم يثبت الاذن يتضرر العبد ضررا موهوما فان ضرر العبد فى ان يدخل فى حساب
ان المالك اجاز وانه يوهم فكان الزوج فى جانب المراة ولو لم يقل الاجازة وذلك لا يحتمل السكوت رضا
واتلاف المال لان الضرر ههنا يلحق فى الحال وسكوته لا يكون دليلا لتمام الضرر حقيقة ولانه لا حاجة الى
تبيين جانب الرضا ههنا لدفع الضرر والغرور عن المتلف وهو ملتزم الضرر باقدامه على اتلاف المال وهو
موجب الضمان بنفسه حقيقة بخلاف ما نحن فيه واما قوله السكوت يحتمل قلنا نعم كذلك ولكن دليل العرف
يرجح جانب الرضا فالعادة ان من لا يرضى بتصرف عبده يظهر النهى اذا راه يتصرف ويؤدبه على ذلك وربما يستحق
ذلك عليه شرعا لدفع الضرر والغرور فبهذا الدليل رجحنا جانب الرضى لدفع الضرر عن المشترى كما فى سكوت البكر
من فوايد مجموعة من المبسوط والذخيرة والايضاح على سائر التجارات اى فى حقهم يقال سائر الناس اى جميعهم
وسائر للبقية فى سائر كذا فى الايضاح ومعنى هذه المسالة ان يقول له اذنت لك فى التجارة فلا يتقيد الاذن بنوع
من التجارة حتى يكون ماذونا فى جميع التجارات بالاتفاق اما لو قيل بنوع منها بان يقول اذنت لك فى التجارة فى الخز
يكون ماذونا ايضا عندنا فى جميع انواع التجارات خلافا للشافعى رحمه الله وكان فايدة ذكر معنى المسالة ههنا
لنفى الخلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله لان لا يكون ماذونا فى جميع التجارات عندنا عند التقيد بنوع منها
وقد ذكر فى الذخيرة اذا قال الرجل لعبده اذنت لك فى التجارة فى الخز يصير ماذونا فى التجارات كلها عندنا خلافا
له بالغبن الفاحش عند ابى حنيفة رحمه الله سواء كان عليه دين او لم يكن ولا يجوز فى قول ابى يوسف رحمه الله ومحمد
وكذلك الخلاف فى المكاتب والصبى والمعتوه ياذن له ابوه فى التجارة فيتصرف بما لا يتغابن الناس فيه فهما قالا
ان المحاباة الفاحشة بمنزلة الهبة حتى ان من لم يملك الهبة كالاب والوصى فى مال الصغير لا يملك التصرف بالمحاباة
الفاحشة حتى اعتبر ذلك من المريض من ثلث ماله كالهبة فهو لا يملكون الهبة فلذلك لا يملكون التصرف بالمحاباة
الفاحشة وهذا لانه ضد لما هو المقصود بالتجارة فالمقصود بالتجارة الاسترباح دون اتلاف المال وابو حنيفة
رحمه الله يقول انفكاك الحجر عنه بالاذن فى نوع التجارات كانفكاك الحجر عنه بالعتق والبلوغ عن عقل
وبعد ذلك يملك التصرف بالغبن الفاحش واليسير فكذلك بعد الاذن وهذا لان التصرف بالغبن الفاحش
تجارة فان التجارة مبادلة المال بالمال وهذا كذلك الا ترى انه يجب الشفعة للشفيع فى الكل خلافا للهبة
فانه ليس بتجارة وبخلاف الاب والوصى لانه لم يثبت لهما الولاية فى التجارة فى مال الصغير مطلقا بل مقيدا بشرط
الاحسن والاصلح ولا يبعد ان لا يصح التصرف من الاب والوصى ثم يصح من الصبى بعد الاذن كالاقرار بالدين والبيع
بالغبن الفاحش من صنيع التجار واستجلاب قلوب المجاهزين حتى يسامحون فى التصرف ليحصل مقصودهم من الربح
فى تصرفات اخر بعد ذلك ثم ان كان تعتبر فى حق المريض من الثلث لعدم الرضا به من غرمائه وورثته بعد ذلك
لا يدل على انه لا ينفذ من الماذون كالغبن اليسير يعنى انه يصح من الماذون بالاتفاق ومع ذلك انه يعتبر من الثلث

وفي حق المريض بيان ان ابا حنيفة رحمه الله في تصرف الوكيل فرق بين البيع والشرى في الغبن الفاحش ولا فرق
المأذون بينهما لان الوكيل لا يرجع على الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل بالشرى متهما في انه كان اشترا
لنفسه فلما ظهر له الغبن اراد ان يلزمه الامر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لانه يتصرف لنفسه ويرجع
بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشرا في حقه سواء كذلك في المبسوط وجواب ابي حنيفة رحمه الله
قولهم بان الغبن الفاحش تبرع من وجه اخر وهو ان نقول انه ليس بتبرع لانه يثبت في ضمن عقد التجارة
وما يثبت في ضمن عقد التجارة يكون له حكم ذلك الشي ولو حابا اي العبد المأذون في مرض موته اي في
مرض موت نفسه وهو العبد يعتبر من جميع المال هذا اذا كان مولاه صحيحا اما اذا كانت المحاباة منه في
مرض المولى فمحاباته بما يتغابن الناس فيه او بما لا يتغابن الناس فيه جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله في
ثلث مال المولى سوا كان ذلك في البيع او في الشرا لان العبد انما انفك الحجر عنه بالاذن فصار ما لكا للمحاباة
مطلقا في قول ابي حنيفة رحمه الله حتى لو باشر في صحة المولى كان ذلك صحيحا منه والمولى حين استدام
الاذن بعد مرضه جعل تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابا يعتبر ذلك من
ثلث ماله المحاباة اليسيرة والفاحشة في ذلك سوا فكذلك اذا باشر العبد وفي قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله محاباته بما لا يتغابن فيه الناس باطل ولو كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما
لا يملك هذه المحاباة بالاذن له في التجارة حتى لو باشر في صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى دين
يحيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال له غيره وحابا في مرض المولى لم تجز محاباة العبد شيئا لان
مباشرته كمباشرة المولى ويقال للمشتري ان شئت انقض البيع وان شئت اد المحاباة كلها لانه لا وصية
زيادة في الثمن لم يرض موته بجر لذلك وان لم يكن على المولى دين وعلى العبد دين محيط برقبته وبما في يده
فمحاباة العبد جائز على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحاباة
وان جازت على الغرما فانما هي من مال المولى كذا في المبسوط وان كان جميع ما بقي وان كان على المأذون
دين فمحاباته في تصرفه تعتبر من جميع ما بقي من الدين وذكر في المبسوط واذا حابا العبد في مرضه ولا
دين عليه ثم مات فالمحاباة جائز وان كان عليه دين يبقى ماله بالدين او لم يبق ماله بالدين لم تجز
المحاباة لان كسبه حق غرمائه ولم يوجد منه الرضا بتصرفه ومحاباته فهو في حقهم بمنزلة الحر المريض
لان الاقتصار على الثلث في الحر لحق الورثة ولا وارث للعبد **فان قلت** هذا التعريض ينتقض
باقرار العبد المأذون المريض فانه يلحق بالحر في اقرار بالدين حتى اذا كان عليه دين في الصحة فاقر
بدين في حال مرضه بدئ دين الصحة كما في حق الحر المريض اذا اقر بدين او عين مع ان الحر والعبد تفرقا
في حق الدين ايضا وذلك لان الحكم في حق الحر يعتبر بمرضه من حيث تعلق حق الغرماء والورثة بماله وذلك
لا يوجد في حق العبد فان الدين الذي في صحته كان متعلقا بكسبه وبمالية رقبته قبل مرضه فلذلك
يعد مرضه فينبغي ان يسوى بين ما اقر به في الصحة وبين ما اقر به في المرض كما في المحاباة **قلت**
ذكر مثل هذه الشبهة في المبسوط ثم قال قلنا نعم لذلك ولكن انفكاك الحجر بالاذن فرع انفكاك الحجر
عنه بالعتق والفرع يلتحق بالاصل في حكمه وان لم يوجد فيه علته لانه تبع وثبوت الحكم في التبع بثبوته
في الاصل ولكن يرد على هذه المسالة المحاباة حيث لم يثبت الحكم هنالك على وفاق التبعية بل استوى
حكم المحاباة في صحة العبد ومرضه في الجواز بخلاف الحر وانما كان هكذا لانه اذا حابا العبد في مرضه ولا دين
عليه ثم مات فالمحاباة جائز لان كسبه لمولاه والمولى راض بتصرفه وهو الذي سلطه على هذه المحاباة
بخلاف الحر لان ماله لورثته بعد موته ولم يوجد منهم الرضا بمحاباته وكان معتبرا من ثلث ماله
وله ان يسلم ويقبل السلم اي وللمأذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويملك ان يتقبل الارض
لعين وحين واسالم كرواي يستاجر الارض وفي المغرب وقبالة الارض ان يتقبلها انسان فيتقبلها
الامام اي يعطيها مزارعة ومساقاة ويأخذ الارض مزارعة لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر
الارض ببعض الخارج وها هنا لا يلزمه شي اذا لم يحصل له الخارج فلما ملك استيجار الارض فهو اجر
نفسه من رب الارض بعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم يجوز فكذا اذا اجر نفسه من رب
الارض بعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم يجوز فكذا اذا اجر نفسه ببعض الخارج وله ان يدفع
الارض مزارعة لانه ان كان البذر من قبله فهو مستاجر للعامل ببعض الخارج حتى يعمل في ارضه وان كان

البذر

البذر من قبل العامل فهو مواجر الارض من العامل ببعض الخارج كذا في الذخيرة وليس له ان يدفع طعاما
الرجل ليزرعه ذلك الرجل في ارضه بالنصف قال لا يصير قرضا وليس للمأذون ان يعرض فان المقرض
متبرع وقال بعض مشايخنا رحمهم الله وهذا التعليل ان يقال هذا دفع البذر مزارعة ودفع البذر
مزارعة وهي لا تجوز لان صاحب البذر مستاجر الارض وشرط الاجارة التخلية بين المستاجر وبين ما
استاجر وذلك ينعدم اذا كان العامل صاحب الارض كذا في المبسوط وله ان يشارك شركة عنان
اي ان يشارك العبد بالعنان لانه ليس له ان يشارك غيره شركة مفاوضة لان شركة المفاوضة مبنية على الوكالة
والكفالة وان كانت داخلة تحت الاذن فباعتبار الكفالة لا يدخل شركة المفاوضة لان المفاوضة
وان كانت لا تصح مفاوضة تصح عنانا وزيادة فتصح بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة في شركة
العنان انما تصح منه اذا اشترك الشريكان مطلقا عن ذكر الشرا بالنقد والنسيئة اما لو اشترك العبدان
المأذون لهما في التجارة شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز
النقد لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه فتصح بقدر ما يملك لا بعد ما لا يملك كما لو شارك شركة
مفاوضة صح عنانا لذلك ولو اذن لهما الموليان في الشركة على الشرا بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما
فهو جائز كما لو اذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة او التوكيل بالشرا او النسيئة كذا في المبسوط والذخيرة
مرادة ذكر في الذخيرة واذا اذن له المولى بشركة المفاوضة لا يجوز المفاوضة منه لان اذن المولى
بالكفالة لا يجوز في التجارات وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله اي خلافا له في احد
قوليه فانه يقول في احد قوليه ليس له ان يواجر نفسه وله ان يواجر كسبه لان عين المأذون نائب
عن المولى في التصرف وهو انما جعله نائبا في التصرف في كسبه وما يقع بدنه ليس من كسبه فتصرفه
فيه بعد الاذن كما قبله والدليل عليه ان رقبته ليس من كسبه بدليل انه لا يملك بيعها ولا رهنها
بدين عليه وما ليس من كسبه فهو لا يملك التصرف فيه بالاجارة واما عندنا الاذن فك الحجر عن المأذون
بمنزلة الكتابة وللمكاتب ان يواجر نفسه فكذلك المأذون ولا يقال الكتابة تتعلق بها اللزوم والاذن
لا نقول ان محل التصرف لا يختلف بكونه لازما او غير لازم كالبيع مع الهبة لان محل التصرفين واحد وهو
العين وان كان احدهما يلزم والاخر لا يلزم ونحن انما شبهنا الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر
مع انفكاك الحجر يثبت له اليد على منافعه فيملك الاعتياض عنه كما يملك المكاتب ولما كان المأذون
ان يعين عين منافعه فلا يكون له ان يواجر نفسه اولا لان الاجارة اقرب الى مقصود المولى من
الاعارة ثم اجارة النفس نوع تجارة لان رؤس التجار وهم الباعة يواجرون انفسهم للعمل واما
البيع لانه يحله ضد حكم الاذن فان بيع الرقبة اذا صح اوجب الحجر عليه كما لو باعه المولى وكذلك الرهن
يفسد لانه يحبس عن التصرف فان المرتهن يمنعه من التصرف والاستيفاد بالشي بما هو ضد موجبه واما
اجارة النفس لا يوجب الحجر عليه بدليل انه لو اجره المولى لا يصير محجورا عليه فلهذا يملك ان يواجر كسبه
لما ذكره في الباب الاول من مأذون المبسوط فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها
وسواء نهى عن غير ذلك النوع صريحا او سكت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات وقال زفر والشافعي
رحمه الله لا يكون مأذونا في رواية اخرى عن زفر انه قال ان سكت عن النهي عن سائر الانواع فان قال
له اعمل في البز فهو مأذون في التجارات كلها فان صرح بالنهي عن التصرف عن سائر الانواع فليس له
ان يتصرف الا في النوع الذي اذن له خاصة وعن هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر
يعني ان عندنا لما اذن في نوع كان مأذونا في انواع التجارة كلها وان صرح بالنهي عن غير
ما ذكرنا من رواية الايضاح وعندهما يختص الاذن في ذلك النوع الذي اذن له على ما بيناه اشارة
المأذون في اول كتاب المأذون بقوله وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق فلا يختص بنوع دون
نوع بل يعم في التجارات كلها على ما ذكرنا وكذلك في المبسوط وقال فك الحجر عنه بسبب الكتابة
والاذن بمنزلة الفك التام الذي يحصل بالعتق وذلك لا يختص بنوع دون نوع بل يعم في التجارات
كلها على ما ذكرنا وكذلك في المبسوط وقال لفك الحجر عنه بسبب الكتابة والاذن بمنزلة الفك التام
الذي يحصل بالعتق وذلك لا يختص بنوع دون نوع سوا اطلق او صرح بالنهي عن سائر الانواع لان
هذا التقييد تصرف في غير ملكه فلذلك لغا ها هنا **فان قلت** ما الفرق بين الاذن في التجارة

رتبة الإذن في النكاح أو أذن له أن يتزوج امرأة بعينها لم يملك العبد أن يتزوج غيرها بل يخصص الإذن
بها ولا يتخصص الإذن في التجارة بالنوع الذي يخصه على ما ذكرنا مع أن الإذن في النكاح ينبغي أن يكون
عبارة عن فك الحجر وإسقاط الحق أيضا كما في الإذن في التجارة بل بالطريق الأولى لأن العبد يملك
النكاح ولهذا لا يملك الطلاق بغير إذن المولى ولا يملك المال أصلا فكان القول بأنه يتصرف في النكاح
بأهلية نفسه أولى من القول بأنه يتصرف في التجارة بعد الإذن فيها بأهلية نفسه ولما كان كذلك
وجب أن يعم الإذن في النكاح بامرأة بعينها لا يتمكن الحجر عنها بالإذن **قلت** لا كذلك فإن
النكاح تصرف مملوك للمولى عليه لأن النكاح لا يجوز إلا بولي أو بولاية نفسه أو بولاية غيره عليه
والرق خرجه من أن يكون أهلا للولاية على نفسه فكان نائبا عن المولى في النكاح ولهذا قلنا
إن المولى يجبر على النكاح وأما هذا التصرف غير مملوك للمولى أي لا يملك المولى البيع والشراء
عليه بدون اختياره ولما كان كذلك كان الإذن في التجارة من المولى إسقاطا لا إنابة للعبد
منابه للتصرف وقد بينا أنه مع الرق أهل للحكم الأصلي وهو ملك اليد فكان مالكا للملك فيما
هو الأصل فيه وأما وراء ذلك من العين يثبت للمولى على سبيل الخلافة عنه فكان الإذن في
التجارة عبارة عن فك الحجر وإسقاط الحق لا إنابة والإذن في النكاح كان إنابة فلذلك لم يعم
فيه لأن تصرف النائب على قدر إنابة الأصيل وعن هذا افترقا إلى هذا أشار في المبسوط **قوله**
رحمه الله وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد جوابا عن قولهما وثبت الحكم للمولى ومعناه
أن يأمره بشراء ثوب للكسوة وبالتقييد بقوله للكسوة يعلم أن مقصود المولى من التصرف ليس
بعقود متكررة وكذا لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونا فالحاصل أن الإذن بالتصرف في
بعض الصور يعتبر إذنا في التجارة وفي بعض الصور لا يعتبر إذنا في التجارة بل يعتبر استخداما للعبد
لأنا لو اعتبرناه إذنا في التجارة في الجميع لضاق الأمر على الناس فإنهم مستغنون عن استخدام العبيد
في شراء الأشياء التي يحتاجون إلى استعمال العبيد في شرائها فإن كل من علم أنه لو أذن لمملوكه في شراء
خل أو بقل بفلس أو ما أشبه ذلك يصير مأذونا في التجارة بعد ذلك يصح إقراره على نفسه بدون
التجارة بحيث سوى بذلك رقبته وكسبه يمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيعود عليهم نقصان
في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الإذن بالتصرف في بعض الصور إذنا في التجارة وفي بعضها
جعلناه استخداما والفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقود متكررة من أخرى يعلم أن مراده
الربح يجعل ذلك إذنا في التجارة كما إذا قال اشتر ثوبا وبعه لأن أمره بعقود متكررة وكذلك
لو قال بع ثوبي هذا واشتر بثمنه يصير مأذونا في التجارة وإذا أذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك
إذنا في التجارة بل يعتبر استخداما كما إذا قال اشتر لي ثوبا للكسوة لأنه أمر بعقد واحد فلا
يكون هذا إذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل عن هذا الأصل قلت إذا قال لعبده
اذهب إلى فلان وآجر نفسك منه في عمل كذا لا يصير مأذونا لأنه لما عين من يعامل معه أمر بعقد
واحد ولو قال آجر نفسك من الناس في عمل يصير مأذونا في التجارة لأنه أمر بعقود متعددة
وكذلك إذا قال اقعد قصارا أو صباغا أو خياطا بعقود متكررة يصير مأذونا له في التجارة
لأنه لم يعين من يعامل معه فيكون أمرا بالمعاملة من الناس فيكون أمرا بعقود متكررة
كذا في الذخيرة **فإن قلت** يشكل على هذا الأصل ما إذا غصب العبد متاعا من رجل أو أمره
مولاه ببيعه فإنه يكون إذنا له في التجارة فكان ينبغي على هذا الأصل أن لا يكون إذنا لأنه أمره
بعقد واحد كما لو أمره ببيع ثوبه بعينه لا يكون مأذونا له **قلت** إن الأمر بعقد واحد
إنما لا يجعل إذنا إذا أمكن أن يجعل استخداما وفي مسألة الغصب لم يمكن أن جعله استخداما للمولى
وهذا ظاهر لأنه ليس له ولاية الأمر لأنه ليس بملك له ولا استخداما لصاحب المتاع لأنه لم يجعله
للعبد يمكن جعله استخداما وهو إذن تصريحه في التجارة إذا كان إذنا منه في التجارة ولذلك
المعنى أشار في المبسوط والذخيرة إذ قال إذا قال أد إلي ألفا وأنت حر أو قال إذا أديت إلي ألفا
فأنت حر أن هذا يجري على الكتابة والمعنى في العتق وقوله أد إلي وأنت حر بمنزلة قوله
إن أديت فأنت حر لأن جواب الأمر بالواو يكون كجواب الشرط بالفاء أما إذا قال أد فأنت حر يعتق

في الحال ولو دفع إلى العبد حمارا وقال استق على هذا الحمار وبعه كان إذنا في التجارة لأنه لم يأمره
بالبيع من يخص بعينه فكان أمرا بالبيع من الناس فكان أمرا بعقود متفرقة كذا في الإيضاح والذخيرة
وإقرار المأذون بالديون والمغصوب جائز لأن الإقرار بالغصب إقرار بالمعاوضة عندنا والإقرار
بعقد المعاوضة جائز وذكر في المبسوط وإقرار المأذون بالدين من غصب أو غيره لزمه إن صدقه
المقر له أو لم يصدقه لأن الغصب يوجب الملك في المضمون عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس
التجارة وإقرار المأذون بمثله صحيح ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين كان شريكه مطالبا له وكذا
لو أقر أنه اشترى جارية فوطئها يوجب العقر هاهنا باعتبار الشراء ولولاه لكان الحد واجبا وكذلك
لو غصب جارية فافتضها وجعل في يده هربت كان لمولاها أن يأخذ العبد بعقرها لأن الفائت
بالافتضاض جزء من ماليتها وهي مضمونة على العبد بجميع أجزائها فإذا فات جزء منها في ضمانه كان
عليه بدل ذلك الجزء وهو مؤاخذ به في الحال لأنه ضمان غصب والعبد مؤاخذ بضمان الغصب
في الحال مأذونا كان أو محجورا ولأن هذا من جنس ضمان التجارة ولو أقر العبد أنه وطئ جارية
هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فافتضها لم يصدق لأنه ليس من التجارة ووجوب العقر هنا باعتبار
النكاح ولولاه لكان عليه الحد والنكاح ليس بتجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين لم يلزم شريكه
فإن صدقه مولاه بدئ بدين الغرماء لأن تصديق المولى في حق الغرماء ليس بحجة فوجوده كعدمه فإن
بقي منه شيء أخذ مولى الجارية وعقرها لأنه لو كان هذا السبب معاينا لكان لمولى الجارية أن يأخذ
عقرها في الحال فكذلك إذا ثبت بتصادقهما كذا في مأذون المبسوط فإن كان في مرضه أي فإن
كان الإقرار في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر وقد ذكرنا الشبهة الواردة على هذه المسألة في
مسألة ما لو حابى المأذون في مرض موته يعتبر من جميع المال قبل هذا وذكرنا جوابها هناك أيضا
بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لا يصدق كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل والإقرار
بضمان الجناية على إنسان والإقرار بالمهر من قبيل الإقرار بضمان ما ليس بتجارة لأنه ذكره في الإيضاح ح
من كتاب المأذون في باب الدين الذي يلحق المأذون ولو أقر العبد بجناية على عبد أو حر أو مهر
وجب عليه بنكاح فاسد أو جائز أو شبهه فإقراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لأن فك الحجر إنما
ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار إقراره وإقرار المحجور سواء فإن
صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يجز على الغرماء لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يتعدى إلى الغرماء
فإن قامت بينة بأن المولى أذن له في النكاح وقد تزوج فعليه المهر يحاص المرأة في ذلك الغرماء
لأن الإذن في النكاح صحيح وليس من ضرورة النكاح وجوب المهر وكان تعلقه بالرقبة لضرورة أمره
لأمره له فصار مرضيا له دون الاستهلاك فأما إذا أقر بوطء أمته بنكاح فإقراره باطل حتى يعتق
لأنه لا يملك الإقرار بالنكاح لأن الإذن لم يتناوله فصار كالمحجور **قوله** رحمه الله
وعلى هذا الخلاف إلى قوله والأب والوصي مع هذه الرواية نظر لأنه ذكر قبل هذا في باب المكاتب
من هذا الكتاب أن ليس لهما أن يزوجا أمة الصغير بالاختلاف حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق
الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أمته لأنه اكتساب باستفادته المهر وما ذكر في المكاتب
أصح لأنه موافق لعامة الروايات من روايات المبسوط فقال وإذا زوج الأب أمة
ابنه وهو صغير فذلك جائز وكذا الوصي إذا زوج أمة اليتيم وكذلك المكاتب إذا زوج أمته
وكذلك المفاوض إذا زوج أمته من الشركة لأن تزويج الأمة من عقود الاكتساب فإنه يكتسب
به ويسقط نفقتها عنه وهؤلاء الأربعة يملكون الاكتساب وذكر في نكاح اليتيمة ووصايا
الأب والوصي يملكان تزويج عبيد من أمته في القياس وعند في الاستحسان
لا رواية عن أبي يوسف رحمه الله ولا مكاتب لأنه ليس بتجارة أي لأن عقد الكتابة ليس بتجارة
إذ هي أي التجارة مبادلة المال بالمال والبدل في عقد الكتابة مقابل بفك الحجر لأن الكتابة توجب
حرية اليد للحال وحرية الرقبة في الثاني والإذن لا يوجب شيئا من ذلك والتي لا تتضمن ما هو أعلى
منه إلا أن يجيز المولى لحسن تجوز لعين إذا كاتب العبد المأذون العبد الذي اشتراه بغير إذن المولى
ثم أجاز المولى كتابته جاز إذا لم يكن عليه دين لأن هذا عقد يحتمل وقوعه موقوفا على الإجازة

ويملكون الاجازة في الانتها كالاذن في الابتدا وبيانه اذا العبد المأذون من حالص ملك المولى ملك
وفيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة بعد لانه لا سبيل للعبد على قبض البدل بل ذلك الى المولى لان العبد
نايب عنه كالوكيل فكان قبض البدل اليه فنفذ العقد من جهتهم ان دفع المكاتب الى المولى الذي
بدل بعض الكتابة كاجنبي اجرة لذلك ان الحقه دين بعد اجازة المولى الكتابة بعني بعقد الكتابة لان
بالاجازة صار المولى مكاتبا له وخرج من ان يكون كسبا لعبده فالدين الذي يلحق العبد بعد ذلك
لا يتعلق برقبته ولا بكسبه كما لو اخذ المولى من ثمن مكاتبه او لم يكاتبه ولو لم يكن ولا دين عليه
لانه لو كان عليه دين كثير او قليل فكتابته باطلة وان اجاز المولى من ذلك لان المولى بالاجازة
يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر كما اذا
من بيع وعليه دين واذا لم يكن على العبد دين فكاتب عبدا فادى المكاتب جميع الكتابة قبل اجازة
المولى لم يعتق لان ما اخذ كسب رقبته والكتابة غير نافذة وان كان المولى اجاز الكتابة وعلى العبد
دين يحيط به وهذا والاول سوا في قول ابي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملكه فلا يملك اجازته
واما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن لقيمته للغرما والكتابة التي قبض العبد للغرما لانه
ما ادى قبل الاجازة تعلق به حق الغرما والمولى بالاجازة يصير كانه اسندا فيضمن القيمة وان لم
يكن عليه دين يحيط عتق المكاتب في قولهم وضمن المولى قيمته كذا في المبسوط والايضاح ويرجع الحقوق
الى المولى وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت الولاء لمعتق ولا يعتق على مال
لانه اعتاق في الحال وهذا اذا لم يكن المولى اجاز واما اذا اجاز المولى عتقه ولا دين عليه
جاز لانه لا يملك انشا العتق فيملك الاجازة ويقبض المال المولى دون العبد واما لو كان عليه
دين فاجاز المولى جاز العتق وضمن قيمته العبد لغرما المأذون وهذا على قولهما لان المولى لو انشا
العتق جاز وضمن القيمة فلذا اذا اجاز ولا سبيل للغرما على العوض بخلاف الكتابة لان ما يؤديه
كسب الحر وحق الغرما غير متعلق واما بدل الكتابة يؤدي في حال في الكتابة الرق فيتعلق به
حق الغرما كذا في الايضاح الجاهر عند العامة الغني من التجار وفي كتابه ارتد الجهر وهو الذي
يبعث التجار للمجاهزا وهو تاجر المتاع او يسافر به فحرف الى الجاهز كذا في المغرب وقوله
الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه او يتخذ الضيافة اليسيرة فلا بد هاهنا
من الفرق بين الهدية والضيافة اليسير من الطعمة وذكر في الذخيرة وله ان يتخذ الضيافة
العظيمة والقياس ان لا يتخذ الضيافة يسيرة كانت او عظيمة لانها تبرع الا انا استحسنا في اليسير
لانها من صنيع التجار ولا يجدون بدا منها حتى يقبل جلوب اليه مكثر معاملة معهم فاما العظيمة
فليست من صنيع التجار ويجدون بدا منها فيعمل فيها بالقياس ثم لا بد من حد فاصل بين العظيمة
واليسير روي عن محمد بن سلمة رحمه الله انه قال ذلك على مقدار مال تجارته مثلا عشرة
الاف درهم فاشترى ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال التجارة عشرا مثلا فاتخذ
ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا وهذا هو الكلام في الضيافة واما الكلام في الهدية
العبد المأذون يملك الا هدايا المأكولات ولا يملك الا هدايا ما سواها من الدراهم والدنانير والحلى
وهذا لان قضية القياس ان لا يملك الا هداي لانه تبرع واصطناع بالمعروف وعادة التجار
وعرف التجار بالاهدا في المأكولات بمقدار ما يتخذ الدعوة من المأكولات فيعود الكلام الى
الدعوة وقد ذكرنا ان اتخاذ الدعوة اليسيرة يجوز واتخاذ الدعوة الكبيرة لا يجوز وفي الاصل
لو وهب هبة وكانت الهبة شيئا سوى الطعام وقد تلفت فيمته درهما فصاعدا فانه لا يجوز
ثم قال وان اجاز المولى هبته ان لم يكن عليه دين لم يجز اجازته وان كان عليه دين لا يملك
التصدق بالفلس والرغيف وبالفضة بما دون الدرهم ولان التصدق بها من صنيع التجار
والمراة في بيت زوجها والامة في بيت مولاها تطعم وتصدق بالمطعوم على الرسم والعادة
فان قيل الشرع روي ابو امامة رضي الله عنه قال عام حجة الوداع لا تخرج المراة من بيت
زوجها بغير اذنه فقيل له ولا الطعام فقال عليه الصلوة والسلام افضل اموالكم **قلنا**
اراد به الطعام المدخر كالحنطة ونحوها فانه غير المدخر فانه يتصدق به على الرسم والعادة

ويلون

ويلون باذن الزوج عرفا وان لم يكن باذنه صريحا وذكر في المغني والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير
ما يملك العبد المأذون في مال الضيافة والصدقة وديونه متعلقة برقبته يباع للغرما اي يبيعه
القاضي بديونهم **فان قلت** كيف هذا الاطلاق على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فان على اصله لا يحجر
العاقل الحر عليه بسبب الدين حتى لا يبيع بدون رضاه بسبب الدين فان ذلك حجر عليه ولم يقيد
في الكتاب بان القاضي يامر المولى ببيع عبده بدين الغرما عليه وقيدوا هاهنا في حواشي الكتاب
بان معنى قوله يباع للغرما اي يبيع القاضي المولى في البيع هل لهذا العبد وجه صحة ام لا **قلت**
ليس هذا العبد وجه صحة اصلا بل يبيع القاضي العبد هاهنا بدون رضى المولى بالاتفاق واما
سبع مثل هذه العقود للتساهل وقلة المطابعة في كتب السلف ان التقييد بعيد من قبله من الساير
ولو لم يكن في هذا الا الحرية ببطلان مثل هذه العقود وتكفي به معتمدا وعد لطرق الصواب معلما
وبعد ذلك لان هذه الرواية مذكورة في الفصل الرابع من ماذون الذخيرة فقال فيه واذا اذن رجل
لعبده في التجارة فباع واشترى ولحقه ديون كثيرة فقدمه الغرما الى القاضي وطلبوا بيعه فان
القاضي ينظر في ذلك فان كان في يد العبد كسب حاضر يفي بديونه يقضي من كسبه وان لم يكن في يد
كسب حاضر الا ان له مالا غايبا يرجى قدومه او دين على ملي حاضر وجه لا يعجل القاضي في بيعه بل
يتلوم الحال فان انقضت مدة التلوم ولم يوجد المال فان القاضي يبيع العبد بديونهم لان القاضي
نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى حين تلوم ولم يعجل في بيعه فيجب ان ينظر الى الغرما بعد
مضي التلوم فيبيع العبد بديونهم حتى يصلوا الى حقهم فيحصل النظر للجانبين جميعا ثم قال ثم ما ذكر من جواب
ان القاضي يبيع العبد لا يشكل على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الدين لو كان على المولى وامتنع
عن قضايه كان للقاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه فاذا كان على العبد
اولى لان دين العبد يتعلق بالعبد ودين الحر لا يتعلق بماله ما لم يمرض مرض الموت ولكن يشكل هذا
على قول ابي حنيفة رحمه الله لان من اصله ان الحر اذا ركبته الديون وامتنع القاضي بانفاد الديون
لم يبرف واراد ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس له ذلك بل يجبر على البيع وقضا الدين بالحبس حتى يبيع
بنفسه والجواب عنه ان ابا حنيفة رحمه الله انما قال لا الحر لا يبيع القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر
فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير اذنه كان حجرا عليه وابو حنيفة رحمه
الله لا يرى الحجر على الحر المكلف واما ليس في بيع المأذون على المولى بغير رضاه حجر على المولى لان المولى
قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المديون بغير رضا الغرما لا ينفذ واذا كان محجورا على
بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا عليه فكان هذا بمنزلة التركة اذا كانت مستغرقة
بالدين كان للقاضي ان يبيع التركة على الورثة اذا امتنعوا عن قضا الدين من مالهم بغير رضاهم
ولم يعد ذلك حجرا على الورثة لانهم كانوا محجورين عن بيع التركة قبل ذلك ومتى كانت مستغرقة
بالدين بغير رضا الغرما فكذا هاهنا **فان قيل** يشكل ببيع الكسب فانه يبيع الكسب على العبد
بغير اذنه والعبد كان يملك بيع الكسب كالحر المديون وكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضا العبد
بل يحبسه حتى يبيع **قلنا** الجواب عنه ان ابا حنيفة رحمه الله انما لا يرى الحجر على الحر المكلف وانما
يرى الحجر على العبد الا ترى ان المولى يحجره وكذا جاز حجر القاضي عليه ببيع الكسب عليه هذا اذا كان
المولى حاضرا واما اذا كان غايبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد المولى
دون العبد الا ترى لو ادعى انسان في رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما لذلك فاذا كان
الخصم هو المولى لم يجز البيع الا بحضرته او بحضرة نايبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان
المولى غايبا لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى الا ترى لو ادعى انسان في كسبه حقا كان
الخصم هو العبد واذا كان العبد هو الخصم في حق الكسب يشترط حضرة العبد لا حضرة المولى ثم اذا باع
القاضي العبد بحضرة المولى يقسم ثمنه بين الغرما واذا لم يكن الثمن وفا بالديون يضرب كل غريم
في الثمن بقدر حصته كالتركة اذا اجتمعت فيها حقوق الغرما وضاقت التركة عن ايفا
ولا سبيل لهم على العبد فما بقي من دينهم حتى يعتق العبد لان الغرما كان لهم الخيار في حال الرق ان شاوا
باعوا العبد بديونهم وان شاوا اختاروا استسعا العبد فلا يبيع العبد وليس لهم الجمع بين الامرين في حال

الرق فلا يستوفى على سعاية العبد بل ماله لغرمائه لان البيع خرج العبد عن ملك الاذن وصار
ملكا للمشتري والدين ما وجب في ملك المشتري فلذلك ليس لهم سبيل على المشتري لان الدين ما
وجب على العبد باذنه فلا يظهر في حقه فان اشترى العبد مولاه الذي باعه عليه القاضي للغرماء
لم يتبعه الغرماء بما بقي من الدين قليل او كثير وان عاد العبد الى ملك من وجب عليه الدين
في ملكه لوجوه احدها انه تجدد سبب الملك في العبد وتجدد سبب الملك في العين يوجب تبدل
العين من حيث الحكم فكانه اشترى عبدا آخر فلا يكن للغرماء عليه سبيل والثاني انهم لما باعوا اول
من بدينهم فقد اختاروا تأجيل دينهم الى ما بعد العتق فمعنى اختيارهم بيع العبد ولو ثبت التأجيل
نصا لا يستحق لهم على العبد سبيل فكذا اذا ثبت التأجيل اقتضاء والثالث انهم لما باعوا بدينهم فقد
ملكوا السعاية من المشتري بما اخذوا منه من الثمن فالمولى الاول لما اشتراه ثانيا من المشتري
الاول ملك السعاية ايضا من جهة المشتري الاول وقام مقام المشتري الاول فيما كان للمشتري
وهناك ليس لهم على العبد سبيل فكذا ههنا ثم القاضي اذا باع العبد للغرماء او باع امين القاضي
للغرماء لا يلحقه العهدة حتى لو وجد المشتري بالعبد عيبا فالمشتري لا يرده على القاضي ولا على
امينه وكذلك لو قبض القاضي او امينه الثمن من المشتري فضاع من يده واستحق العبد من يد المشتري
لا يرجع عليهما وانما يرجع على الغرماء لان بيع القاضي خرج على وجه القضاء نظرا للغرماء ولو رجع
عليه العهدة لصار خصما فيه وخرج من ان يكون قاضيا لان من صار خصما على حادثة لا يصلح
ان يكون شاهدا فلا يصلح قاضيا بالطريق الاولى وكذلك امين القاضي فان حكمه حكم القاضي
لانه يأمر بل يرجع بالثمن على الغرماء لان العقد وقع لاجلهم **قوله** رحمه الله وذلك
اي غرض المولى لا بالرقبة اي لا في تعلق الدين رقبة العبد بخلاف دين الاستهلاك يعني اجمعوا
على ان رقبته يباع بدين الاستهلاك كذا في المغني واصحابنا استدلوا بما روي ان النبي عليه الصلوة
والسلام باع رجلا في دينه يقال له سرق لحسن كان يبيع الجرجانية باعه في دينه ومن صورة
بيع الحر في دينه بيع العبد في دينه وقد ثبت بصورة النص فهو كالمنصوص ثم انتسخ بيع الحر
وبقي بيع العبد مشروعا فباع في دينه والمعنى ان هذا ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق رقبة العبد
به لدين الاستهلاك فنا بين ما ذكرنا ان الدين لا يجب في ذمة العبد الا شاغلا لمالية رقبته
الاترى ان دين الاستهلاك لما ظهر وجوبه في حق المولى وتعذر استيفاؤه كان شاغلا لماليته رقبته
دين كان مساويا لمالية الرقبة لانه لا يظهر وجوبه في حق المولى فانه محجور عن مباشرة سببه
بحق المولى فاما بعد الاذن فدين التجارة كدين الاستهلاك من حيث انه ظهر وجوبه في حق المولى
باذنه فبهذا الطريق يتحقق رضا المولى بتعلق الدين بمالية الرقبة ولم يظهر من صاحب الدين
ما يدل على الرضا بتأخيره كذا في المبسوط ولهذا يعلم ان قوله ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه
في حق المولى احترازا عن دين المحجور بسبب التجارة او باقرار عن دين المأذون الذي صداق امرأة
تزوجها بغير اذن المولى فانه لما لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن لم يبع رقبته بسببه وقوله
تعلق برقبته استيفاء حاصل جواب عن قولهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال الاخر يعني
لما علم الناس ان المعاملة مع العبد المأذون لا يضيع ولا يتحرج احد في المعاملة معه لانه لم يبق له
مال فيثبت رقبته وكذا ولانه بيع العبد بسبب الدين واخذ الدين بخلاف المعاملة مع الحر فانه
لو لم يبق له مال يجب النظرة الى وقت الميسرة فعسى يحصل الميسرة وعسى لا يحصل فكان هذا المعنى
داعيا للناس الى المعاملة مع العبد المأذون له فيلزمها تلوح رغبة فيه وازدياد الارباح انما
يكون عند ازدياد كثرة المعاملات في التجارات فيحصل غرض المولى وهو ازدياد الارباح وهذا المعنى
ايضا يصلح جوابا عما تمسك به الشافعي ذكره في المبسوط في قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة
الى ميسرة فقال والعبد الذي لا كسب في يده معسر فكان مستحقا للنظرة شرعا ولو اجله الطالب
لم يجز بيع رقبته فيه فلا يكون تأجيل الشارع ادنى من تأجيل الطالب فيجب ان لا يجوز بيعه
فيه ايضا قلنا نحن لما كان بيعه مستحقا بحكم الحدث الذي ذكرنا ظهر انه كان موسرا وقضاء
الدين بمالية الرقبة والانتظار شرعا انما يكون بعد تحقق العسرة فاما اليسار فلا يعدم الضرر به

في حق المولى بدخول المبيع في ملكه اي في ملك المولى يعني انه لما فات العبد عن
ملكه بسبب حصل المبيع للمولى بمقابلته فكان جابرا له فينتفي الضرر عن المولى لان الظاهر ان
الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساويا لقيمة العبد فيجبر ملك المولى بما فات
منه فلا يتضرر **فان قلت** كيف يقال هذا القول وان المبيع جابر لفوت العبد عن ملك المولى
وبعد ذكر بعيد هذا متصلا لانه هذا غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء فعلى هذا التقدير لو كان
المبيع الذي كسب العبد باقيا كيف يباع العبد انما يباع لو لم يكن له مال من كسبه **قلت**
جاز ان يكون هذا المبيع الذي اشتراه العبد ادى ثمنه ثم قبضه المولى ولا دين على العبد ثم
ركبته الديون فبيع العبد بسبب ديون لحقته وبعد ما اخذ المولى المبيع من يد العبد ولا دين عليه
بانه اذا كان حال البيع هكذا لا يوجد المبيع من المولى بسبب دين العبد بل يباع العبد اذا لم يكن كسب
سيما احتف من المبيع بما فات العبد من ملكه حينئذ والدليل على هذا ما ذكر في المغني في الفصل
الخامس من المأذون فيه حيث قال ان العبد المأذون اذا لحقه دين وطلب الغرماء من القاضي
بيع العبد وفي يد العبد كسب حاضر فان القاضي يبدأ ببيع الكسب ويستوي ان ذلك الكسب من
اكساب التجارة او لم يكن من اكتساب التجارة نحو الصدقة والهبة ويستوي ان يكون العبد
اكتسب ذلك العبد قبل لحوق الدين او بعد لحوق الدين حق الغرماء يتعلق بجميع ذلك ما دام
في يد العبد ثم قال وان كان المولى قد اخذ شيئا من ذلك العبد فان لم يكن على العبد دين حالة
ما اخذ المولى ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما اخذ ان كان قائما بعينه وضمانه ان كان استهلكه
قوله رحمه الله كالبيع والشراء اي نظيره قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستيجار
الاخر نظير قوله او بما هو في معناها هذا كله احتراز عن دين وجب لا بالتجارة ولا في معناها
كالمهر امرأة تزوجها فوطئها ثم استحقت حيث يجب المهر على العبد ولا يظهر هو في حق المولى لان وجوب
ذلك الدين بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فيتأخر الى ما بعد عتقه كذا في المبسوط وهكذا
ايضا في الفصل الرابع من مأذون المغني وذكر في الذخيرة واذا تزوج امرأة ودخل بها ان كان النكاح
باذن المولى يباع بدين المهر وان لم يكن هذا من جنس ضمان التجارة لان النكاح ليس بتجارة ولهذا
لا يدخل تحت الاذن في التجارة لان النكاح وان لم يكن تجارة الا ان المولى المأذون بالنكاح صحيح والنكاح
متى كان باذن المولى ايضا صحيح ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر وكان تعلقه بالرقبة لضرورة
امر المولى فكان كدين الاستهلاك ثم صورة الدين بسبب الاجارة هي ان يؤاجر شيئا ويقبض الاجرة
ولم يسلم المستأجر حتى انقضت المدة فوجب عليه رد الاجرة وذكر الامانات بعد ذكر الودائع لان الامانة
اعم من الوديعة ومن انواع الامانات مال المضاربة والعارية والبضاعة ومال الشركة وهذه
الاشياء عند الجحود بها تنقلب غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب لان الامين
يصير غاصبا للامانة بالجحود وكذلك يؤاخذ بضمان عقر الدابة واحراق الثوب في الحال ويباع
رقبته فيه وقيل هذا محمول على ما اذا اخذ الثوب او الدابة اولا حتى يصير غاصبا بالاخذ ثم عقر
الدابة واحرق الثوب واما اذا عقر الدابة واحرق الثوب قبل القبض فيبنى على قول ابي يوسف
رحمه الله انه لا يؤاخذ به في الحال ولا يباع رقبته فيه وعلى قول محمد رحمه الله يؤاخذ به في الحال
ويباع رقبته فيه كذا في الذخيرة والمغني ولا يباع ثانيا بخلاف دين نفقة المرأة فانه يباع فيها
من بعد اخرى لانها تجب شيئا فشيئا بخلاف المهر فانه اذا بيع في مهرها ولم يف الثمن لا يباع ثانيا
انه يبيع في جميع المهر وتطالب بالباقي بعد العتق كذا ذكره الامام المرغيناني رحمه الله لكنه لا يمتنع
البيع يعني ان المشتري اذا علم ان العبد الذي اشتراه يباع في دين ثانيا يدون احيانا كما في حق
المولى الاذن في التجارة يمتنع المشتري عن شرائه فلا يحصل البيع الاول حينئذ فيتضرر الغرماء فلذلك
قلنا انه لا يباع ثانيا او دفعا للضرر عن المشتري لان المشتري لم يأذن له في التجارة فلم يكن
راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه بخلاف
المولى الاول فانه اذن له في التجارة فكان ملتزما باذنه ضرر البيع على نفسه ويتعلق بالقبول من جهته
وهذا عندنا خلافا لزفر رحمه الله وكذلك الصدقة فان عنده لا حق لغرمائه الا في الكسب بطريق

التجارة وقال لان وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من كسب تجارته يتعلق الدين به لاتحاد
السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسب بلا ملك المولى الا ترى ان المأذون له لو كانت امة
فولدت بعد لحوقها دين تعين ذلك لم يتعلق حق غرمائها بولدها لهذا المعنى وحجتنا في ذلك
ان الهبة والصدقة كسب العبد فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ من دين العبد ككسب التجارة
لما ان الملك اذا لم يكن اهلا للملك يخلفه المولى خلافة الوارث فكما انه لا يسلم للوارث
من التركة الا بشرط الفراغ من دين المورث فلذلك لا يسلم للمولى شيء من كسب العبد الا بشرط
الفراغ من دينه هذا وان العبد وان لم يكن من اهل الملك فهو من اهل قضاء الدين بكسبه
وحاجته من ذلك مقدمة على حق مولاه في كسبه وهذا خلاف ما اذا ولدت بعد لحوق الدين لان
ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها وكذا ان نفسها لا تكون من كسبها فلا تكسب
نفسها الا ان نفسها تباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالاذن لها في التجارة وذلك لا يوجد في
حق الولد فلم يتعلق به حق الغرماء انما يكون بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال والكلام
فيه حتى اذا كان الدين لحقها قبل ان تلد ثم ولدت فيسري اليه لان حق الغرماء تعلق بها في حال
ما كان جزءا متصلا بها فيسري الى الولد بحكم الاتصال وهذا خلاف الدفع في الجناية فان الجارية
اذا ولدت فلا يلحق الولد الجناية في ولدها لان حقهم هناك في بدل التلف وهو ارش الجناية
او نفسها جزاء على الجناية ولكن ذلك ليس بحق متاكد بدليل تمكن المولى من التصرف فيها
كيف شاء بالبيع وغيره فلهذا لا يسري الى الولد وههنا حق الغرماء متاكد متعلق بماليتها
التاكيد بدليل انه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغرماء حقهم
فيسري هذا الحق الى الولد كذا في باب الدين يلحق العبد المأذون من مأذون المبسوط
الغلة كما يحصل من ريع الارض وكرائها او اجرة غلام او نحو ذلك وقد اغلت الضيعة فهي مغلة
كذا في المغرب وله اي وللمولى ان يأخذ غلة مثله بعد الدين اي الضريبة التي ضربها المولى على
عبده في كل شهر عشرة دراهم مثلا فهو يأخذها بعد الدين كما كان يأخذها قبل الدين وما زاد على
عشرة دراهم كان للغرماء ولا يأخذ المولى بعد الدين ازيد مما كان يأخذ قبل فهو الذي ذكره
جواب الاستحسان وفي القياس لا يجوز له ان يأخذ من الغلة بعد الدين لا قليلا ولا كثيرا وذكر
في المبسوط والايضاح ولو كان المولى يأخذ الغلة من العبد كل شهر عشرة وعليه دين يأتي
على رقبته وكسبه حتى اخذه منه مالا كثيرا ففي القياس يرد جميع ما اخذ لانه اخذ من كسبه وحق
الغرماء في كسبه مقدم على حق المولى ولكنه استحسن وقال المقبوض سالم للمولى لان في اخذ
المولى الغلة منه منفعة للغرماء فانه يبقيه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فيكتسب
فيقضي حق الغرماء في كسبه فاذا امتنع من اخذ الغلة فيكتسب فيقضي حق الغرماء في كسبه فاذا امتنع
من اخذ الغلة يحجر عليه في التجارة فينسد باب الاكتساب فصار ما يأخذ من الغلة كالتحصيل
للكسب واما اذا اخذ اكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرماء لان الزيادة على غلة المثل
لا تعد من باب تحصيل الغلة فلا يحصل حينئذ مقصود الغرماء وان حجر عليه لم يتحجر حتى يظهر
حجره فيما بين اهل سوقه وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الحجر عليه صحيح وان لم يعلم به
احد من اهل سوقه وهذا بناء على مسألة في كتاب الوكالة ان عزل الوكيل لا يصح الا بعلمه عندنا
وعند الشافعي رحمه الله بغير علمه وكذلك الحجر على العبد يصح بغير علم العبد وبغير علم اهل السوق
به لان الاذن عنده انابة كالتوكيل وهذا لان المولى يتصرف في خالص حقه فلا يتوقف تصرفه
على علم الغير ولكنا نشترط علم اهل السوق لدفع الضرر والغرور عنهم فان الاذن عم وانتشر
فيهم وهم يعاملونه بناء على ذلك فلو صح الحجر عليه تضرروا به لان العبد ان اكتسب شيئا دفعه الى
المولى وان لحقه الدين اقام البينة انه محجور عليه فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق ولا يدرى العتق
ام لا ومتى يعتق والمولى بالاذن يصير كالغار لهم فلدفع الضرر والغرور عنهم قلنا لا يثبت الحجر
ما لم يعلموا به كذا في المبسوط حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم يتحجر
حتى لو باع واشترى جاز وان بايعه الذي علم بحجره وان ههنا للوصل ثبت بهذا الكلام عدم صحة

الحجر الخاص حتى ان المولى اذا حجر عليه عند رجل او رجلين لم يثبت الحجر في ذلك الرجل والرجلين
ايضا كما لا يثبت في حق غيرهما حتى ان ذلك الرجل لو باع هذا العبد الذي حجر مولاه عنده هذا الرجل
يجوز بيعه كما كان يجوز قبل الحجر فعلم بهذا ان شرط صحة الحجر التعميم لا التخصيص **فان قلت**
يرد على هذا الكلام ان معنى اشتراط التعميم في الحجر هو دفع الضرر والغرور عن الناس على ما ذكرت
وهذا المعنى لا يتحقق في حق ذلك الرجل والرجلين فانهم لما علموا حجر المولى عليه لا يبايعون
هذا العبد الذي حجر مولاه عندهم فلا يتضررون بمغروريتهم فلم يصر العبد محجورا في حق هؤلاء الذين
كانوا حضورا عند حجر المولى عليه مع انعدام هذا المعنى وهو الغرور في حقهم فينبغي ان يثبت في حق
من لم يعلموا لا يثبت في حق من لم يعلم الا ترى ان اهل قبا كانوا صلوا الى بيت المقدس بعد
الامر باستقبال الكعبة وجوزوا لهم ذلك لانهم لم يعلموا به وان ثبت الحكم في حق غيرهم **قلت**
نعم كذلك الا ان شرط صحة الحجر التشهير والمشروط لا يثبت بدون شرطه فلذلك لم يثبت
حكم الحجر في حق من علم به ايضا كما لا يثبت في حق من لم يعلم به وذلك لان الحجر ضد الاذن فكما ان الاذن
لا يقبل التخصيص فكذا الحجر ايضا لا يقبل التخصيص حتى انه لو اذن لعبده في التجارة مع قوم
باعيانهم ونهاه عن ان يشتري او يبيع مع القوم الذين ثم عنده كان جائزا وهذا
بخلاف خطاب الشرع فان حكمه يثبت في حق من علم به لان الخطاب مما يقبل التخصيص في كل واحد
من المخاطبين الحكم في حقه كانه ليس معه غيره كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة انما لا يصح الحجر في حق
هؤلاء الذين علموا بالحجر لان الحجر لم يعمل في حق الذين لم يعلموا وبقي العبد مأذونا في حقهم نفيا
للضرر والغرور عنهم واذا بقي الاذن في حق بعض الاذن في الناس لان الاذن في التجارة لا يتجزى
الا ترى ان في الابتداء لا يتجزى فكذا في الانتهاء ثم قال فان قيل هذا العذر ليس بصحيح فان
الاذن اذا كان عاما وحجر عليه بحضرة الاكثر من السوق يصير العبد محجورا ولو كان ما ذكرتم
من المعنى صحيحا ينبغي ان لا يبقى الاذن في حق الباقين ضرورة عدم التجزي قلنا وقضية القياس
هذا الا انا تركنا القياس ثمة للضرورة فان تبليغ الحجر الى كل واحد من اهل السوق متعسر
فاكتفينا بتبليغ الحجر الى الاكثر ثم يتبلغ الحجر الى الكل وانما يبلغ الى الاكثر الكل الا ترى ان النبي عليه
الصلوة والسلام كان مامورا بتبليغ ما انزل الله الى الناس كافة ولم يبلغ الى الكل وانما
بلغ الى الاكثر واقام التبليغ الى الاكثر مقام التبليغ الى الكل فكذا ههنا ثم اعلم ان اشتراط
اظهار الحجر فيما بين اهل سوقه فيما اذا ثبت الحجر قصدا لا ضمنا لشيء آخر كما في عزل الوكيل واما
اذا ثبت الحجر ضمنا لا يشترط علم اهل سوقه ولا علم واحد منهم حتى ان المولى اذا باع عبده المأذون
الذي ليس له عليه دين يصير محجورا وان لم يعلم به اهل سوقه لان هذا الحجر يثبت حكما للبيع لا
مقصودا لان الحجر يثبت بالبيع والبيع في الاصل لم يوضع للحجر الا ترى ان البيع يصح وان كان
كان لا يثبت الحجر بان لم يكن العبد محجورا اذا لم يكن موضوعا للحجر كان ثبوت الحجر به
حكما لزوال ملك المولى لا مقصودا كبيع الموكل ما وكله ببيعه كان ذلك عزلا للوكيل
حكما لا قصدا لان البيع لم يوضع للحجر كذا ههنا انه يجوز ان يثبت الشيء حكما لغيره وان
كان لا يثبت مقصودا كالعزل الوكيل وهو غائب لا يثبت مقصودا ويثبت حكما لغيره وواحد
المتفاوضين لا يملك اخراج نفسه عن المفاوضة مقصودا حال غيبة شريكه ويملك حكما
لغيره بان يطلب من غيره دراهم مضاربة حتى وهبه له دراهم ولذلك لو وهب المولى العبد
المأذون من رجل وقبضه الموهوب له يصير محجورا فانه لو رجع في الهبة لا يعود الاذن وكذلك
لو فسخ البيع اذا رده المشتري بالعيب ورده بقضاء القاضي لا يعود الاذن وان عاد الى
قديم ملكه ولذلك اشتراط اظهار الحجر فيما بين اهل سوقه فيما اذا كان الاذن عاما شائعا فيما
بين اهل السوق واما اذا كان الاذن سكت فيه بالاذن الخاص بناء على ما ذكر ههنا وفي الجامع
كذا في الذخيرة والمغني ويشترط علم العبد ايضا بالحجر يعني كما ان علم اهل السوق
بالحجر شرط لصحة الحجر فكذلك علم العبد بالحجر شرط لصحة الحجر ايضا
دفعا للضرر والغرور عنه كما في حق اهل السوق لانه في حقه الضرر والغرور في حق اهل السوق

فقد ذكرناه اما وجه الصدر في حق العبد فان العبد شائع بناء على انه مأذون واما يجب عليه
من الدين يستوفى في حال رقه من مال المولى فهي صح الحجر بعد علم العبد بالحجر حتى في العبد ما له ما
بعد العتق ويستوفى في الكل ... لعرض ملك العبد ... العبد لعرض ... كذا ذكر في الذخيرة ولو
مات المولى او جن صار المأذون محجورا عليه والمراد من الجنون المطبق اما اذا لم يكن مطبقا بل كان
يجن ويفيق لا يحجر به اختلفوا في تحديد الجنون المطبق قال محمد رحمه الله اذا كان الجنون دون
الشهر فليس بمطبق والسنة وما فوقها مطبق وعن ابي يوسف رحمه الله ان اكثر السنة فصاعدا مطبق
وما دونه ليس بمطبق كذا في الذخيرة ولا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء لانه لما كان
لدوامه حكم الابتداء كان يتجدد احكاما في كل زمان وكان المولى صار آذنا في كل زمان فلا بد من
قيام الاهلية للاذن وقت الاذن كما في الابتداء العتق والجنون او الارتداد مانع ابتداء فكذا
بقاء وقال الشافعي رحمه الله يبقى مأذونا وذكر في المبسوط زفر رحمه الله مكان الشافعي
رحمه الله وقال زفر لا يصير محجورا عليه بالاتفاق لان صحة الاذن باعتبار ملك المولى وقيام
رأيه ولم يحصل ذلك باباقه والدليل عليه ان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن وان المحجور عليه
اذا ابق فاذن له المولى في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا وما لا يمنع ابتداء الاذن لا يمنع بقاءه
بطريق الاولى ولكنا نقول لما حصل دلالة الاذن كالتصريح به فكذلك دلالة الحجر كالتصريح بالحجر
ويوجد دلالة الحجر بعد اباقه لان الظاهر ان المولى انما يرضى بتصرفه ما بقي تحت طاعته
فلا يرضى بتصرفه بعد تمرده واباقه ولهذا صح ابتداء الاذن بعد الاباق لانه يسقط اعتبار الدلالة
عند التصريح بخلافه يوضحه ان المولى لم يمكن منه اخذه عقوبة على جنايته فحجر عليه فاذا لم
يتمكن منه جعله محجورا عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب لما لم يتمكن منه القاضي جعله ميتا حقيقة
بالقتل وقسم ماله بين ورثته **قوله** رحمه الله وصار كالغصب معناه لو اذن المولى
للعبد المغصوب يصح ولو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن فكذا هنا كذلك ولكن ذكر في الذخيرة
جواب الغصب على التفصيل فقال واما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل
ان بقي للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كان للمالك بينة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه
اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع في رقبته وكسبه من الغاصب ومن غيره قائمة فيصح الاذن
فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له
بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن وان عاد العبد من
الاباق هل يعود الاذن لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل والصحيح انه يعود بلا ... الحجر عليهما
اي استيلاد المحجور يحجر لها عن الاذن وتاويل المسألة فيما اذا استولدها من غير تصريح بالاذن
اما اذا استولدها ثم قال لا اريد الحجر عليه بقيت على اذنها كذا ذكره الامام المحبوبي في الجامع
الصغير ثم يعتبر البقاء بالابتداء يعني ان المولى اذا اذن لام الولد ابتداء جاز فكذا يبقى مأذونة
وهو القياس ولكن استحسن علماؤنا رحمهم الله فقالوا استيلاد المولى حجر عليها لان العادة
جرت في الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة
والتجارة ودليل الحجر كصريح الحجر بخلاف ما اذا اذن لام الولد لان دلالة صريح هناك بخلاف العادة فلا
يعتبر المانع بين يدي انسان يحمل اذنا في التناول بطريق العرف اما اذا قال لا تاكل مع تقدم
المانع لم يكن ذلك اذنا كذا في المبسوط وهذه المسألة نظير مسألة الاباق في التعليل من
الطرفين فكان فيه دليل على انه المخالف هنا زفر رحمه الله كما هو المذكور في المبسوط لانه
لم تختلف رواية الكتابين في ان المخالف ومن المبسوط ... ويعلل هذه المسألة بمثل
تعليل مسألة الاباق من الطرفين بعينه واذا استدانت المأذونة لها اكثر من قيمتها ...
واما وضع المسألة في الاكثر من قيمتها لتظهر الفائدة في ان المولى يضمن قيمتها دون الزيادة على
قيمتها اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة وهذا وقع الفرق بينها وبين ما اذا استولد المأذون
لها حيث يكون المأذون محجورا لها دون المدبرة ولا منافاة بين حكميهما لان بالتدبير ثبت للمدبر
حق العتق وحق العتق وان كان لا ينافيه الحجر فلا يؤثر في الحجر عليه كذا في المبسوط واذا حجر على

المأذون

المأذون فاقراره جائز فيما في يده الى ان قال ومعناه ان يقر فيما في يده انه امانة لغيره وانما
احتاج الى ذكر تاويل المسألة بقوله ومعناه لان مطلق الاقرار ربما يبقى انما يتهم فيه
المغصوب والديون لا الامانات ثم ذكر هذا ان المسألة عام فانه كما يصح اقراره بما في يده في حق
المغصوب والديون فكذلك يصح في الامانات فلهذا المعنى قدم ذكر الامانة ليعم على غيرها ثم
اعلم ان في هذه المسألة مسائل اجابتها فلا بد من ذكرها لينكشف المراد ويسهل المراد وهي
ان اقرار هذا العبد الذي حجر بعد الاذن لا يصدق في استهلاك رقبته بالاتفاق حتى اذا استغرق
بما في يده ما عليه من الاقرار لا يباع رقبته فيه اجماعا وهو المراد بقوله وهذا لا يصح اقراره
فيما انتزعه المولى من يده من مال النسبة وقت الاذن منه او باعه ثم اقر دينا من ذلك بعد
الحجر لا يصدق العبد فيه بالاتفاق وكذلك لو كان الدين الذي وجب عليه وقت الاذن مستغرقا
لما في يده فاقر بعد الحجر بدين عليه سواه لا يصدق العبد عليه بالاتفاق وكذلك لو كان الحجر ثابتا
عليه بسبب ان المولى باعه من آخر ثم اقر في يد المشتري بدين عليه لا يصدق عليه بالاتفاق وكذلك
لو كان في يده مال حصل له بالاحتطاب ونحوه فاقر به لغيره لا يصدق فيه بالاتفاق وهذه المسائل
الخمس كلها تصلح مقيسا عليها لهما ولكن ما ذكره من التعليل في المبسوط والاسرار لابي حنيفة رحمه
الله يصلح جوابا لها كلها فقال والقياس ان لا يصدق بعد الحجر في شيء مما في يده ولكن استحسن ابو
حنيفة رحمه الله فاقام ابقاء الاذن مقام الاذن في تصحيح اقراره وهذا الاثر في المال الذي بقي في
يده من الكسب الذي اكتسب وقت الاذن لا في رقبته لانه لا يد له في رقبته بعد الحجر والاذن فان
... ذلك لانه لو ارتفع لارتفع حكما بالحجر ان اليد على الحقيقة باقية وانما ترتفع حكما بالحجر اذا لم
يكن عليه دين فاما اذا جعلنا انه متى كان عليه دين والمولى محجور عن ابطال يده فما لم يستوف الدين
من الملك كان ولاية الابطال عليه شرط عدم الدين اذ لم يعلم انتفاؤه ما لم يثبت العدم بدليله ولم
يكتف بعدم ثابت بعدم ادلة الثبوت كمن قال لعبده ان لم ادخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم
لم يعتق اذا ادعى المولى الدخول واذا كان الاصل هو العدم وهو ثابت بعدم دليل الدخول فكذا
هنا اذا لم يثبت الحجر مثل هذا العدم بقي الكسب على الاذن في حق الدين فصار كأن لم يحجر عليه
بقدر ما بقي **قوله** رحمه الله لان يد المحجور غير معتبرة **فان قلت** على هذا ما ذكره
رواية المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة
تاجرا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل لما اودعه
بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي ان يكون وجودها
وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا ان ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على ما
ذكر الامام الاسروشني رحمه الله في وديعة احكام الصغار في تعليل هذه المسألة لان العبد
ادى له يد حكمية فلا يكن لمولاه ان يأخذ من المودع ما لم يحضر العبد **قلت** تلك المسألة
مأولة بما ذكرنا وبيانها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم
انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذ ... بالبينة من عين
اي من عين العبد ويد المشتري او من عين نفسه اي بعتق المولى بان يبيع العبد المأذون وفي
يده اكساب فاقر بها لغير المولى فانه لا يصدق عليه وذكر في الاسرار تعليل ابي حنيفة
رحمه الله وهذا خلاف ما اذا باع المولى عبده المأذون وفي يده كسب فاقر به فانه لا يصح لانه
صار للعبد آخر فيما يجدد الملك فيه ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر اي لا يصح اقراره بالدين
لحق رقبته حتى لا تباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بخلاف ما اذا اقر بالدين في حال بقاء الاذن
حيث كان يتعدى اثر ذلك الاقرار الى رقبته لانه اذا لم يف بكسبه لقضاء ذلك الدين كان يباع رقبته
بسببه واما بعد الحجر فلا وجواب ابي حنيفة رحمه الله عن هذا ما ذكرنا انه اقام اثر الاذن مقام
الاذن بتصحيح الاقرار وهذا الاثر في المال الذي في يده لا في رقبته لانه لا يد له في رقبته
بعد الحجر فكذلك لو ادعى الشاني رقبته لم يكن موجبا له وانما كانت تباع رقبته حال الاذن لصحة
الاقرار لقيام الاذن لا باليد وقد بطل الاذن بالحجر واما في حق الكسب فكما ملك التصرف فيه والصرف

الى دينه ويدل لاذن باقية فيما في يده وحق التصرف فيه واذا الدين شاغل لليد فوجبه بالحجر بل العبد
بعد الاذن في حقه بقيت حكمه وهو صحة الاقرار به وله ان المصحح هو اليد ولهذا لم يصح اقرار المأذون
فيما اخذ المولى مما لم يصح اقراره في ذلك مع كونه مأذونا فدل ذلك على ان المصحح للاقرار فيما
في يده هو اليد دون الاذن واليد باقية كما كانت لان الكلام فيه فيصح اقراره بالاذن به فلا
يبطل باقراره اي ولا يبطل يد المولى التي هي ثابتة على ذلك المال المنتزع من يد العبد حقيقة
وحكما بسبب اقرار العبد بذلك المال لغير المولى وكذلك ملكه ثابت في رقبته اي ملك المولى
ثابت في رقبة العبد فلا يبطل باقرار العبد من غير رضا المولى وهذا خلاف ما اذا باعه
اي باع المولى العبد من اخر وفي يده كسب فاقر به لغير المولى لا يصدق وهذا جواب عن قوله
او تثبت حجره بالبيع من غيره لان العبد قد تبدل اي حكما لا حقيقة فان العبد بنفسه قائم حقيقة
ولكن تبدل حكما لان اختلاف الاسباب تنزل منزلة اختلاف الاعيان كما في حديث بريرة رضي
الله عنها وهو المراد بقوله على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك اي لا يبقى للعبد من حكم الاذن
اصلا الذي كان ثابتا عليه للمولى بحكم انه ملك المولى ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع
هذا الايضاح **قوله** رحمه الله ان العبد قد تبدل لانه كما لا يكون العبد خصما فيما باشره
العبد الاخر فكذلك هذا العبد بعد ان باعه المولى وقوله قبل البيع ظرف لقوله باشره
لا لقوله لم يكن خصما اي لم يبق العبد خصما في المعاملات التي باشرها قبل ان باعه المولى
من اخر من التسليم والتسلم والرد بالعيب وسائر الحقوق وذكر في المبسوط ولان صحة
اقراره بالبيع قبل التسليم باعتبار انه الخصم في تجارته وقد انعدم ذلك بالبيع حتى لا يكون
لاحد ممن عامله ان يخاصمه بعد ما باعه المولى بعيب ولا غيره ولا يصح اقراره بعد ذلك في حال
رقه ولكنه يؤاخذ به اذا اعتق فيما هو دين عليه من ذلك لانه مخاطب واقراره صحيح في حكم
الالتزام في ذمته ولكنه لم يطالب به لحق المولى فاذا سقط حقه بالعتق اخذ بجميع ذلك
والعبد الصغير في جميع ذلك بمنزلة الكبير الا انه لا يؤاخذ به بعد العتق لانه غير مخاطب فلا يكون
التزامه صحيحا في حق نفسه وكذا ايضا ذكر في الاسرار وقال ولذلك على هذا الاختلاف الصبي
الحر يحجر عليه وليه فاقر وفي يده كسب اذنه لانه بالاذن يلتحق البالغ حكما لزوال الحجر وللمولى حق
الحجر واسترداد ما في يده بشرط ان لا يكون عليه دين كما في العبد بل هو اولى لان الملك له حقيقة
قوله رحمه الله وهذا انه كما له اي انه كان ملكه في الرقبة بخلاف الوارث لانه
لا يثبت الملك له نظرا للمورث لان الميت استغنى عن المال فيصرف الى اقرب الناس اليه ولهذا
يقدم الاقرب فالاقرب لما ان صرفه الى الاقرب يقع له ومتى كان عليه دين كان يقدم الغرماء
على الوارث واما هاهنا فثبوت كسب العبد للمولى لا بطريق النظر للعبد بل لاستحالة ثبوت
ملك الرقبة للعبد لانه مملوك فالا مستحيل ان يكون مالكا له وهذا المعنى لا يختلف مع قيام
الدين وعدمه وقوله والنظر في ضده اي في ضد ثبوت الملك للوارث كملك الوارث مع ما قررناه
اي ما قررناه اي في مسالة تعلق الدين بكسبه في قوله ويتعلق دينه بكسبه وفي مسالة
الاذن في نوع والمحيط به الدين مشغول بها اي لحاجة العبد فلا يخلفه فيه اي لا يخلف المولى
العبد في ذلك الكسب المحيط بالدين بل يصرف الى حاجة العبد وهو دينه كما في مسالة الوارث
يعني كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة
يمنع ملك المولى وهذا لان الخلافة في الموضعين جميعا باعتبار انعدام الاهلية للملك في الكسب
فالميت ليس باهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة والاستيلاء والموت ينافي
ذلك كالرق بل اظهر فالرق ينافي مالكية المال دون النكاح والموت ينافيهما جميعا ثم لقيام
حاجة الميت الى قضاء دينه جعل الميت كالمالك حكما لكسبه فكذلك العبد لقيام حاجته جعل كالمالك
حكما كذا ذكر هذه المسالة في اواخر بيع المولى عبد المأذون وهو الثالث عشر من مأذون المبسوط
فان قلت ما جواب ابي حنيفة رحمه الله كالوفاق لا ان كسب العبد المأذون المديون بمنزلة التركة
من حيث ان حق الغير تعلق به مقدم على حق المولى بعد قيام الدين عليه لا ينافي ملك في ملك المولى

في رقبته بحيث ان لا ينافي ملكه في كسبه لما ان الكسب على ملك الرقبة والتعليل لحاجة العبد
ثم ملك المولى في كسبه مقدم على حاجته الى قضاء الدين ينبغي ان لا يمنع ملك المولى في كسبه
ولان المولى لو وطي جارية عبده المأذون وعليه دين محيط برقبته فجاءت بولد فادعاه ثبت
نسبه بالاتفاق ولا يغرم عقرها لا قليلا ولا كثيرا ولو لم يملك كسب عبده المديون لكانت
الاحكام على العكس **قلت** اما الجواب عن الاول فنقول ان كسبه ليس نظير رقبته لان علة
ملك الرقبة ملك كان مالكا للرقبة لا لاكتساب من العبد فبقي ملكه في الرقبة بعد لحوق
الدين فكان هذا نظير المكاتب فالمولى يملك رقبته حتى يعتق فيه العتق في رقبته ويؤدي به
ولا يملك كسبه لقيام حاجته فيه فلذلك في العبد المديون لا يملك كسبه وان كان
يملك رقبته فعلم بهذا ان ملك الرقبة غير مستلزم لملك الكسب لوجود دليل المفارقة واما
عن الثاني فالحاجة الى قضاء الدين من كسبه ليست كالحاجة الى الطعام والكسوة فان الرقيق
يحتاج الى ذلك لانه يستوجب النفقة على المولى اذا لم يكن له كسب واما الدين فلا يؤديه
المولى فلم يكن حاجته الى الكسب في حق قضاء الدين مثل حاجته الى الطعام والكسوة فلا يبقى
بيان واما عن الثالث فان العقر انما يلزمه لمستحقه من حيث المالية لا من حيث العين فان للمولى حق
التملك واستخلاص الملك فيه باداء الدين من محل اخر فكان حاله اقوى من حال الاب ثم اذا استولد
الاب جارية ابنه ثبت نسبه ويملك الجارية بالقيمة ولم يغرم من العقر شيئا فكذا هاهنا
هذا كله مما اشار اليه في المبسوط والايضاح واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز اذا كان
عليه دين انما قيد عليه بالدين لانه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيع العبد المأذون شيئا
من مولاه ولا من مولاه شيئا منه هكذا نص عليه في المغني في الفصل التاسع من المأذون وقال
او باع العبد المأذون شيئا من الذي ابيه من المولى بمثل قيمته جاز وان لم يكن مديونا لا يجوز وقد
ذكرنا في البيوع شيئا من ذلك منقولا من مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وما يؤيده هكذا ذكره في
اوساط شرح الطحاوي رحمه الله فقال واذا باع المولى دارا من اجنبي او اشترى من اجنبي دارا
والعبد المأذون له في التجارة شفيعها وكان عليه دين كان له الشفعة لانه ياخذها للغرماء
وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لانه ياخذها للمولى الى ان قال وان كان المولى باع من
عبده المأذون دارا او اشتراها من عبده فانه ينظر ان لم يكن على العبد دين لم يصح البيع ولكن
لا شفعة وهذا البيع للشفيع وان كان العبد عليه دين صح البيع وان كان البيع والشراء بمثل
القيمة او خيرا للعبد فللشفيع فيه الشفعة وان كان شرا للعبد فلا شفعة فيها عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه لا يكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد قلت محاباة العبد او كثرت وعندهما
القليل يعفو عنه الشفعة والكثير غير معفو وان باعه بنقصان لم يجز عند ابي حنيفة رحمه
الله فان عندهما يجوز هذا البيع ويخير المولى على ما يجيء يعني وان باع العبد المأذون المديون
شيئا من مالك مولاه بنقصان من قيمته اي نقصان كان يسيرا كان يسيرا او فاحشا لم يجز عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه متهم في حقه اي لان العبد متهم في حق المولى بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
اي هناك اي هناك يجوز سواء كانت المحاباة يسيرة او فاحشة فكان قوله بخلاف متعلقا
لانه لا يجوز **قوله** رحمه الله لانه لا تهمة فيه فان قيل احتمال التهمة فيه ايضا موجود
قلنا مجرد الاحتمال لا يعتبر وانما المعتبر الاحتمال الناشئ عن الدليل بخلاف ما اذا باع المريض
وهذا بخلاف المتعلق بقول المصنف وهو قوله واذا باع المولى شيئا بمثل قيمته جاز وهذا على تقدير
الواو في قوله وبخلاف ويجوز ان يكون بدون الواو ويتعلق حكمه قوله المتصل به وهو قوله
بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز في حال يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان
البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه
الاحوال وهنا اوجه ولكن النسخة بالواو باتباعه حتى كان لاحد من الاستخلاص باداء قيمته يعني
اذا كان الدين مستغرقا للتركة ورضي بعض الورثة ان يدفع التركة للغرماء كان للباقي من الورثة
ان يستخلص التركة لنفسه باداء قيمته اي قيمة التركة بتاويل المتروك او المال وذكر في المبسوط

هذه المسألة في باب العبد المأذون يدفع اليه مولاه مالا يعمل به وذكر مسألة الاستخلاص
في حق القسمة فيما بين الورثة بعدم جواز الاستخلاص وهو يصلح حجة لمسألتنا هذه ايضا
لان المدعى في مسألتنا هذه ان حق الغرماء في مالية التركة لا في عينها خلاف الورثة فان حقهم
في عين التركة وهذا المدعى يستفاد مما ذكر في المبسوط حيث قال مع المريض من هذا المقرر
اي من تصرف بيع ماله من وارثه وان كان بمثل القيمة عند ابي حنيفة رحمه الله لحق سائر الورثة
لان حقهم متعلق بعين ماله حتى لو اراد بعض الورثة استخلاص شي لنفسه وادى القيمة الى
الاخر ليس له ذلك لان في هذا التصرف ايثار البعض على البعض وذلك لا يجوز اما حق الغرماء
تعلق بالمالية دون العين الا ترى ان للمولى ان يخلص لنفسه بقضاء الدين في موضع اخر
وليس في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شي من المالية فاذا جاز البيع طلب العبد مولاه بالثمن
لحق غرمائه سواء اسلم اليه المبيع او لم يسلم اليه لان المولى في هذه الحالة كالاجنبي من كسبه حتى لو
ولو حاباه فيه بما يتغابن الناس فيه او بما لا يتغابن الناس فيه فهو سواء ويقال للمولى انت بالخيار
ان شئت انقض البيع وان شئت فادِ قيمة جميع ما اشتريت لان في المحاباة ابطال الحق الغرماء
عن شي من المالية والعبد متهم في حق المولى والمحاباة اليسيرة والفاحشة في ذلك سواء كما
في حق المريض لان تصرفه ما كان يتسلط من الغرماء واما يتخير المولى لانه يلزمه زيادة في الثمن
لم يرض بالتزامه وقيل هذا قولهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله البيع فاسد بمنزلة بيع المريض
من وارثه فان هناك لما تمكن تهمة الايثار في تصرفه فسد البيع عنده فكذا هاهنا خلاف البيع
بمثل القيمة والاصح ان هذا قولهم جميعا لان العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه
مع الاجنبي هذا كله من المبسوط فعلم بهذا ما ذكره في الكتاب بقوله وان باعه بنقصان
لم يجز عند ابي حنيفة وما ذكره من تخصيص ذلك بهما بقوله وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد ان باعه
بنقصان يجوز اي باع العبد المأذون المديون شيئا من مولاه بنقصان قيمته اي بنقصان كان من
اليسير والفاحش يجوز عندهما ولكن يخير المولى على ما ذكر في الكتاب وعلى المذهبين العشر من المحاباة
والفاحش سواء اي على مذهب ابي حنيفة رحمه الله ومذهب صاحبيه كلتا المحاباتين سواء اي على
مذهب ابي حنيفة اذا باع العبد المأذون المديون من مولاه شيئا وحاباه يسيرا او فاحشا لا يجوز اصلا
وعندهما لا يرد مسألة التخيير على قوله وعندهما كلتا المحاباتين في هذه الصورة تجوز ولكن يخير
المولى بين ازالة المحاباة وبين نقض البيع هذا اذا باع العبد المأذون المديون من مولاه شيئا
وحاباه واما اذا باع شيئا من الاجنبي فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يجوز كيف كان في الصور الثلاث
اعني باعه بمثل القيمة او بالمحاباة اليسيرة او بالفاحشة على ما ذكرنا ولم يخير الاجنبي ان يبلغ
الثمن الى تمام القيمة او بالمحاباة اليسيرة واما عندهما فان باعه من اجنبي بمثل القيمة او بالمحاباة
اليسيرة يجوز ولا يؤمر المشتري ان يبلغ الثمن الى تمام القيمة بخلاف ما لو باع من مولاه شيئا وحاباه
مطلقا حيث يؤمر المولى ان يبلغ الثمن الى تمام القيمة واما اذا باع من الاجنبي شيئا بالمحاباة
الفاحشة فعندهما لا يجوز البيع اصلا لانه كان باع الاجنبي الثمن الى القيمة لذا في المغني ولهذا
يدفع الضرر عنهما اي وبالقول بجواز البيع مع التخيير لان البيع بالغبن اليسير منهما اي من المولى
والاجنبي بمنزلة بنفسه بان يشتري المولى بنفسه من غيره وهذا ان الفرقان بلفظ التثنية
احدهما في حق المحاباة اليسيرة بين المولى وبين الاجنبي حيث لا يؤمر الاجنبي بازالة المحاباة والمولى
يؤمر عندهما والثاني في حق المحاباة الفاحشة اصلا عندهما وتجوز بيعه من المولى مع المحاباة الفاحشة
ولكن يؤمر المولى بازالة المحاباة هاهنا ايضا كما في اليسيرة وفي بعض النسخ وهذا ان الفرقان
على الافراد ولكن الاول اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا على النسخ الصحيح واما
على اصل ابي حنيفة رحمه الله لا يحتاج الى هذا الفرق فانه لا يجوز بيعه من المولى بنوعي المحاباة اصلا
على ما هو اختيار رواية الكتاب على ما ذكرنا فان سلم اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن هذا اذا باع
المديون المولى من عبده المديون شيئا واما اذا باع المديون من مولاه شيئا وسلم المبيع الى المولى قبل
ان يأخذ الثمن من المولى فلا يسقط الثمن عن المولى لانه يجوز ان يثبت للعبد المأذون المديون على مولاه

من الاجنبي انه لو استهلك المولى شيئا من اكتساب عبده في هذه الحالة ضمن مثله للعبد
ولما كان لذلك لا يسقط الثمن عن المشتري الاجنبي لذا في المغني بقوله بطل الثمن عند تسليم
المولى المبيع جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله قال هذا اذا استهلك العبد المبيع
واما اذا كان المبيع قائما في يده فللمولى ان استرده حتى يستوفي الثمن من العبد لان المولى انما
اسقط حقه من العبد بشرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فيبقى حقه في العين على حاله ويتمكن
من استرداده ما بقي العين لانه يجوز ان يكون ملك العين في يد عبده فكذلك يجوز ان يكون
له ملك اليد فيه اما بعد الاستهلاك صار دينا ووجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب كذا في
باب العبد المأذون يدفع اليه مولاه مالا من المبسوط بخلاف ما اذا كان الثمن عوضا
اي حينئذ يستوجب المولى على عبده ذلك بالاجماع في المبسوط ولو كان الثمن كان المولى احق
بذلك من الغرماء لانه بالعقد ملك العوض بعينه ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده
وهو احق به من الغرماء وان امسكه اي امسك المولى المبيع الذي باعه من عبده حتى يستوفي
الثمن منه جاز ذلك وذكر هذه المسألة لدفع شبهة ترد على قوله لا يستوجب المولى الدين على
عبده اي كما لا يستوجب المولى على عبده الذي ينبغي ان لا يتفاوت ذلك قبل ان يسلم المبيع الى
العبد وبعد ان يسلمه اليه فبين الفرق بينهما في هذه المسألة وفي المبسوط وللمولى ان
يمنعه المبيع حتى يستوفي الثمن كما لو باعه من مكاتبه وهذا لان المبيع يزيل العين عن ملك
البائع ولا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان حتى يستوفي
الثمن ولو باعه باكثر من قيمته اي باع المولى شيئا من عبده المديون باكثر من قيمته يؤمر بازالة
المحاباة اي يؤمر المولى بازالة محاباة العبد في الثمن او بنقض البيع وهذا اللفظ يدل
على ان هذا البيع جائز حتى امر المولى بذلك كما ذكر في قولهما اذا باع العبد من مولاه بالمحاباة
فاهنا من غير ذكر الخلاف بين علمائنا الثلاثة وقع على اختيار رواية المبسوط لان هذا
البيع بيع المحاباة جائز مع تخيير المولى بين ازالة المحاباة ونقض البيع واما على اختيار صاحب
الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله بان هذا البيع لا يجوز اصلا عند ابي حنيفة
رحمه الله كما ذكر في الكتاب في جانب العبد بقوله وان باعه بنقصان لم يجز وكذا لو باع من عبده
شيئا اكثر من قيمته لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يرد التخيير وعندهما يجوز مع امر التخيير
بقوله لا كثر من قيمته يتناول القليل والكثير اي يؤمر بازالة المحاباة او بنقض البيع سواء
كانت المحاباة قليلة او كثيرة كذا في المبسوط واذا اعتق المولى العبد المأذون وعليه دين
فعتقه جائز اي اعتاقه جائز اعلم ان هذه المسألة تفيد احدها ان المولى بالاعتاق يضمن للغرماء
الاقل من قيمة العبد ومن الدين والثاني ان ديته اذا كان اكثر من قيمته يضمن المولى قيمته بالغة
ما بلغت وان كانت قيمته عشرين الفا او اكثر والثالث ان ضمان المولى بالاعتاق لا يخلو بين
ان يكون المولى عالما بدين العبد او لم يكن عالما والرابع ان هذا الدين الذي حكمه كذا
ما اوجب ذلك الدين على العبد بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال
والخامس ان هذا الضمان على المولى في اعتاق العبد العتق المديون واما في اعتاق المدبر
وام الولد المأذون لهما فلا ضمان عليه وان كان مديونين على ما هو المذكور فيما يفصل اعتاق
العبد المديون مخالف لفصل اعتاق العبد الجاني في الضمان بوجهين احدهما في مسألة
اعتاق العبد المديون علم المولى بدينه وعدم علمه سواء في حكمه وفي اعتاق العبد الجاني
يفرق بين علم المولى بجنايته وعدم علمه بها وانه لو كان عالما بالجناية كان مختارا بالفدا
او بالدية ان كان المقتول حرا او قيمة المقتول ان كان عبدا الا ان يزيد على عشرة آلاف درهم
ينقص منها عشرة وان لم يعلم المولى بجنايته فاعتقه عوض قيمة القاتل بالغة ما بلغت
وان زادت على عشرة الاف درهم وان لم يعلم بدينه واما كان حكمه الا ان المتعلق في الدين
مالية الرقبة تبعا للدين واعتاق المولى اتلاف لذلك فلزمه قيمته سواء كان عالما به
او غير عالم به بمنزلة اتلاف مال الغير واما الجناية المستحق في حق المولى احد شيئين الدفع او الفدا

وهو مخير بينهما وفي حكم الاختيار يتعلق العلم وعدم العلم والثاني من الوجهين هو ان في مسألة اعتاق المدبون لعدم قيمته بالغة ما بلغت لان استحقاق تلك القيمة عليه باعتبار سبب سبق به المالية من شرا او غصب فيعتق ولا تقدر القيمة واما في اعتاق الجاني فوجب القيمة باعتبار الجناية وقيمة العبد بالجناية لا تزيد على عشرة آلاف الا عشرة وبيان فرق هذين الوجهين يعرف وجه ما ذكرناه من الفروق لانه لما كان المستحق في مسألة العبد المديون مالية الرقبة تبعا للدين كان ايجاب القيمة بحسب اعتبار المالية والدين يجب اقلهما لانه هو المستحق ولذلك وايجاب القيمة بالغة ما بلغت اذا كانت الدين اكثر من القيمة لانه اتلف المالية بالاعتاق وهذه المالية حق الغرما فيضمنها لهم بالغة ما بلغت كالراهن اذا اعتق المرهون والدين مؤجل ولذلك لم يتفاوت بين العلم وعدمه فانه لما كان هذا ملحقا باتلاف مال الغير كان حكم هذا كحكمه وهناك لم يختلف العلم وعدم العلم فكذا هنا واما وجه العبد الرابع فقد ذكرنا قبل هذا باب الغصب واتلاف مال الغير انكف بالتجارة لما من ان المغصوب او المحجور يصير مضمونا عليه ولذا الضمان يوجب الملك في المضمون وكان من قبيل ضمان التجارة فبهذه الواسطة هذه الفوائد كلها ماخوذ من باب عتق المولى عبده المأذون من ماذون المبسوط من الفصل السادس من ماذون المغني وفي الباب الثاني من ماذون الايضاح فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته الى اخره اعلم ان مسئلة بيع المولى العبد المأذون المديون على وجوه واما اذا كان دين العبد حالا او مؤجلا واما ان باعه بمثل القيمة او اقل منها فان باعه باذن القاضي عند طلب الغرما ذلك لا ضمان عند المولى في الوجوه كلها ولذلك اذا كان الدين مؤجلا ولذلك اذا كان البيع يفي بديونهم ووصل الثمن الى الغرما اما الضمان على المولى اذا باعه باذنهم لان الضمان لاجلهم واذنهم في البيع منزلة بيعهم انفسهم ولو باشروه بانفسهم لا ضمان على المولى فكذلك اذا باعه باذنهم لان الضمان لاجلهم واذنهم مع القاضي لو باعه بطلب الغرما لا يبيعه الا بمحضر من المولى بان كان في بيعه قضاء على المولى باستحقاق مالية الرقبة وازالة ملكه والقضاء على الغائب لا يجوز والعبد ليس خصما عنه في ذلك لان للمولى حق استخلاص الرقبة بقضاء الدين من موضع وليس للقاضي ان يبطل عليه هذا الحق بغير محضر من المولى واما اذا باعه بغير امر القاضي والغرما فبيعه باطل ثم اختلف المشايخ في قول محمد رحمه الله في الاصل انه باطل قال بعضهم معنى قوله باطل اي سيبطل لان البيع موقوف على اجازة الغرما حتى لا نطاله صيانة لحقهم وقال بعضهم معناه فاسد بدليل انه قال في الاصل اذا اعتقه المشتري من المولى بعد القبض او دبره صح ذلك ويلزمه قيمته لهم لو اجازوا او قضاهم المولى الدين او كان في الثمن وفا بديونهم فاعطاهم بعد البيع لزوال المانع بوصول حق الغرما اليهم كالراهن اذا قضى دين المرتهن بعد البيع وكذلك اذا اجاز المرتهن البيع فان لم يكن شي من ذلك ولكن الغرما وجدوا المشتري والعبد في يده ولم يجدوا البائع لم يكن المشتري خصما في نقض البيع في قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف هذا كله فيما اذا باعه المولى حال غيبة الغرما ولو باعه حال حضرتهم فهو اعلم فان كان الدين موجلا او حالا فلو كان الدين موجلا على المديون الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او اقل منها فبيعه جائز لانه قام ملكه وهو قادر على تسليمه لان حق الغرما بسبب التأجيل تأخر في المطالبة الى قضاء الدين الى حلول الاجل فينفذ بيعه قبل حلول الاجل فينفذ بيعه **فان قيل** حق الغرما في العبد المديون لحق المرتهن وذلك يمنع الراهن من الرهن من البيع سواء كان الدين حالا او موجلا **قلنا** لا كذلك فللمرتهن في المرهون ملك اليد وذلك قايم مقام التأجيل في الدين وانه يعجز الراهن عن التسليم وليس للغرما ملك اليد في المأذون ولا في كسبه وانما لهم حق المالية بقضاء الدين وذلك متأخر الى ما بعد حلول الاجل وتصرف المريض في مسألة ما دام حيا وبعد موته لا يبقى الاجل ولهذا لا يتصرف الوارث في تركته ويومر بقضاء الدين في الحال فكما لو بقي الاجل بعد موته كان الدين الحال والمؤجل في الحكم سواء واما ههنا لا يستقبل للغرما



على منع المولى من التصرف او مطالبته بشي حتى يحل دينهم فاذا حل ضمن قيمته لانه اتلف عليهم وهو المطالبة واما اذا كان الدين حالا لهم ان يمنعوه من لان لهم حق المطالبة بقضاء الدين والاستيفاء منه واما اذا باعه بثمن يفي بديونهم ووصل الى الغرما ما يبيعه فليس لهم تضمين البائع على ما يجي في الكتاب هذا كله من ماذون المبسوط باب بيع القاضي وباب بيع المولى عبده والمحيط فبهذا يعلم ان قوله فان باعه المولى الى ان قال فان شا الغرما ضمنوا البائع قيمته فيما باعه بثمن لا يفي بديونهم وبدون اذن الغرما والدين حال واما اذا كان مؤجلا وهذه الاشيا الثلاثة فلا ضمان على المولى **قوله** رحمه الله فان شا الغرما ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري اي ضمنوا المشتري قيمته ايضا كذا ذكره في المبسوط ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لان استرداد القيمة كاسترداد العبد ان لو ظفروا به ولو ضمنوا البائع قيمته سلم المبيع الذي جرى من البائع والمشتري بزوال وانهما اختاروا الغرما تضمينه وفي الاخر على انه لو ثوى بالقيمة على الذي اختاروه لم يرجعوا على الاخر لان المخير بين الشيئين اذا اختار احدهما تعين ذلك عليه فان ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين احدهما فلا سبيل لهم عليه ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة العبد على الذي اختاروا لان حقهم تحول الى القيمة بقضاء القاضي فان قضى عليه بقوله وقد ادعى الغرما اكثر منه لهم الخيار ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها واخذوا العبد فبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا في المبسوط والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والعتق اما بعد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري ما ذكر من التسليم والقبض ولم يكتف بمجرد البيع والشرا لانهما لا ضمان بمجرد البيع والشرا لانهما لا يتعلقه بحق الغرما وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما مر وذلك انما هو بالبيع والتسليم والقبض لا بمجرد البيع والشرا كالاذان السابق كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن جاز البيع لان الاذن في الانتهاء كالاذن في الابتداء وهو لو كان المولى باعه من رجل واعلمه اي اعلم البائع المشتري ان هذا العبد الذي ابيعكه مديون وفائدة هذا الاعلام بسقوط حق المشتري في الرد بعيب الدين حتى يوقع البيع لازما فيما بين البائع والمشتري وان لم يكن لازما في حق الغرما اذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونهم فالواو في قوله اذا لم يصل اليهم الثمن وان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوا اي ليس للغرما ان يردوا وفي هذا اللفظ نوع نظر اذا كان في حقه ان يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من نكاح الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان والوجه وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن اذا كان الثمن لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا في البيع لعوائد حقهم في الاستسعاء بما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا القصد اذ باب الرد لهم ولاية الرد باستسعائه في الدين اليهم بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ورضي الغرما باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينهض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينهض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعول ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله فقال وتأويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكن الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم نقض لانه البيع **فان قلت** ما الفرق ههنا وبين العبد الجاني فان المولى اذا باع العبد الجاني بعد العلم بالجناية يصير مختارا للفدا وههنا لا يصير المولى مختارا لقضاء الدين وان باعه بعد العلم بدينه **قلت** قد ذكرت شيا بالاسناد عنه بالفرق بينهما عن قريب ولكن الفرق الواضح ههنا هو ان الدين واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالاعتاق والبيع حتى يواخذ

[illegible]

به بعد العتق فلما كان هو واجبا على العبد خاصة كان قول المولى انا افدي وبه عنه للتبرع
فلا يلزمه بخلاف الجناية لان موجب جناية العبد الدفع على المولى وهو واجب على المولى خاصة
واذا تعذر عليه الدفع بالاعتاق او بالبيع فطالب به المولى لوجوب السابق عليه كما كان الهدايا
اشار الامام قاضي خان رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله اما اذا كان المشتري حاضرا والبايع
غايبا فلا خصومة بينهم وبين البايع في رقبة العبد بلا خلاف حتى يحضر المشتري لا يكون الرقبة
محلا لحق الغرماء الان لهم ان يضمنوا البايع قيمته لانه بالبيع والتسليم صوتا على حقهم فاذا ضمنوه
بالقيمة جاز البيع منه وكان الثمن للبايع ولكن اجازوا البيع اخذوا الثمن لان الاجازة في الانتهاء
بمنزلة الاذن في الابتداء كذا في المبسوط معناه اذا انكر الدين واما قيد به لانه اذا اقر المشتري
بدينهم وصدقهم في دعوى الدين كان للغرماء ان يرد البيع بلا خلاف وكذا ذكره الامام المحبوبي
رحمه الله اي اذا لم يكن الثمن يفي بديونهم وقيمتها مثل قوله وهو رواية ابن سماعة عنهما بانه يدعي
الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيها في يده لرجل ادعى ان العين الذي في يد هذا رهنا
عنده فان ذا اليد يكون خصما له وليس كالبايع اذا كانت الدار في يده لانه لا يكون خصما للشفيع لانه
يدعي الملك لنفسه حتى لو كانت في يد المشتري فالمشتري يكون خصما للشفيع لانه لا يدعي الملك لنفسه
ولكنا انه لا فايدة في جعل المشتري خصما لانا لو جعلناه في الابتداء حتى ثبت الديون اذ به ذلك الان
لا يكون خصما في الانتهاء لانا اذا جعلناه خصما لهم ونقضوا البيع عليه لا يمكن ان يباع في ديونهم لانه
يعود الى ملك البايع وهو غايب وفي بيعه قضاء على الغايب وذلك لا يجوز وهذا الطريق يوجب ان
يكون مسالة الشفعة على الاختلاف خلاف الرهن فان ثم في جعل ذي اليد خصما فايدة لان الرهن
لا يباع ولا يلزم على ما قلنا اذا ادعى ملكا مطلقا لم يكن لصاحب اليد فادعى انه له فانه يقضى به للمدعي
وبعد القضاء يظهر انه لم يكن ملكا لان ثمة في الاستهار يظهر انه كان غاصبا من المدعي والغاصب
يكون خصما للمغصوب منه كذا ذكره الامام قاضي خان والمحبوبي رحمهما الله ومن قدم مصرا الطلق ولم
يقيد بقوله واذا اقدم عند مصرا للكوبه لا يعلم انه عبدا الا بقوله وقال انا عبد لفلان واشتري
وباع لزمه كل شي من التجارة وكذا المرتقل انا عبد لفلان ولكنه باع واشتري جازت المبايعة معه
وقوله لزمه كل شي لزمه جواب المسالة اي يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه
وقوله وان لم يخبر فتصرفه اي تصرفه ولكل غير انه ما ذون في التجارة هذا الذي ذكر جواب الاستحسان
واما جواب القياس فهو ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار على
نفسه والثاني اخبر انه ما ذون في التجارة وهو اقرار على المولى وجعل التصرف فيه اليها وهذا منهي لما
الجواب عن قوله واذا باع الصبي ثم بلغ واجاز لم يجز لان عدم الجواز حين عقد كان لانه الحق فيما يلزم تصرفه
بالطفل ما لم يثبت كمال حاله باذن المولى او البلوغ فاذ الغرض المولى بنفي النقصان والحق لاهلية
فلا يقبل الجواز بكمال حدث بعد بلوغه لان اشتراط توقف التصرف لا شي يجب ان يكون ذلك الشي موجود ابتداء
نفسه على ما مر من مسايل تصرف الفضولي واما اذا اجاز المولى جاز لان المولى موجود فجاز ان يتوقف
الصبي الى رايه وباذنه ارتفع الحاجز شرعا كما لو تصرف ثم تبين انه كان بالغا خلاف العبد اذا تزوج بنية
عتق لان عدم الجواز كان لحق المولى لا للنقصان فيه فاذا زال الحق نفذ التصرف واما عدم وجوب فرايض
الطاعات مع صحة النوافل منه للحرج على ما ذكرنا من الاصل وهو ان الصبي يتقرب من المنافع ويتعد من
المضار الا ان الصبي سبب للرحمة وذلك لان في توجه الخطابات اضرار به عاجلا لانه لو توجه عليه
الخطاب ثم لا يؤدي فيصح ويبقى في وباله بخلاف النوافل فانه من الصلوات والصيام لانه لا ضرر عليه
في شي من ذلك بل فيه نفع محض لحصول الثواب بفعله وعدم لزومه من وعه الى هذا اشار في الاسرار والمبسوط
والصبي بسبب الحجر جواب عن قول الشافعي رحمه الله ثم قوله لا يحجر لصباه وقوله لعدم الهداية اي
في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد من حيث ان الحجر في كل واحد منه المعني في غيره لا لمعني في عينه
في العبد لحق المولى وفي الصبي لعدم الهداية فالاذن لعلم كل واحد منهما من معنى الحجر فيهما فيصح تصرف
العبد بعد الاذن بالاتفاق وكذلك في الصبي ينبغي ان يكون كذلك لان ما يوجب الحجر فيهما بالاذن لا لذاته
ولا لذات الصبي بل النقصان عقله فلما اذن له المولى وهذا جواب عن قوله ولانه مولى عليه الى آخره

جوا

[illegible]

كتاب الغصب

[illegible]

من الضمان ومهلا من البيان بل حمل لابدان والاموال كلها معصومة عن العدوان وحاد الكل
بموجبه العرفان وتقتضيه البرهان اى العقل ونطقت السنة موبين لصرح البيان حيث
قال النبي عليه الصلوة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا
مني دماءهم واموالهم الا بحقها وفائدة العصمة هي ان لا يهدر الجناية ولا يهمل الجناية وذلك
لان في الابدان مقصود كل عاقل ومراد عن كل بغية وحاصل لانتفالها بالاموال في ظاهر الاحوال
فلذلك من اتلف مالا معصوما لم يوجر جزاؤه الى العقبى بل الاولى على ما تقتضيه الحجى ليتحقق ما
ذكرنا من المقصود هو ان ينتفع المغصوب منه بالمعقود ويؤدي الغاصب مثله ان كان من ذوات
الامثال او قيمته ان كان من ذوات القيمة بلا امهال اذ لا امكان لجبر الفائت الا بهذا القدر الثابت
في حق الناطق والصامت فكان في ايجاب الضمان بهذا مراعاة حق المالك عليه وزجر الغاصب
المائل الى تعدم في حق العاصي والداني فانه اذا امل فيه هذا يعلم انه لا حد ولم يعد سوا غصب الدنيا
وبعث الرحمن فيزجر حينئذ كي لا يكون من اللهفان ولا الامر سمة الكهلان فيحتاج هاهنا الى بيان
الغصب لغة وشرعا وبيان شرطه وحكمه ودليل حرمته وانواعه في الكتاب اعني تا عين بيانه لغة
وشرعا ولكن يذكر ما يدل عليه اذا استهنا الى بيان لفظ الكتاب واما سببه فهو الحرص الحامل
على الهوى المتبع اذا كان مختارا واراديه دفع الضرر عن نفسه وما يلحق به اذا كان مضطرا او غير
عالم به واما شرطه عند ابي حنيفة رحمه الله كون المأخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخرا
حتى اذا غصب العقار لم يكن موجبا للضمان عندهما واما حكمه فنوعان احدهما وجوب رد العين
ما دام على حاله ولم يتغير قال عليه الصلوة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد والتغير نوعان
قد يكون من حيث الزيادة وقد يكون من حيث النقصان وقد يكون بفعل الغاصب وقد يكون
بغير فعله واما دليل حرمته فثابت بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ولا تأكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض واما السنة فقوله عليه الصلوة والسلام
لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه وقال في خطبته الا ان دماءكم واعراضكم واموالكم حرام
عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في مقامكم هذا واما انواعه فان المغصوب لا يخلو اما
ان يكون مثليا كالمكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه مضرة والعددي المتقارب كالجوز
واما ان يكون غير مثلي كالحيوانات والذرعيات والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان والوزني
الذي في تبعيضه مضرة واحكام كل منهما نذكرها فيما بعد ان شاء الله تعالى كذا في المبسوط والذخيرة
وشرح الطحاوي وغيرها **قوله** رحمه الله الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير اطلق على
المغصوب لفظ الشيء ولم يقيد بالمال لان الغصب لغة مستعمل في كل باب ما لا كان المأخوذ او غير
مال يقال غصب زوجة فلان وولد كذا في المبسوط [illegible] غصب مال الحربي في دار
الحرب وقوله على وجه يزيل يد المالك اي يد المالك هذا الحد على قول علمائنا فعلى هذا الحد تخرج
مسائل اصحابنا منها ان الرجل اذا غصب الحمار ومع الحمار جحش واتبع الجحش هل يضمن الجحش
ام لا فالجواب فيه ان لم يتعرض للجحش بشيء غير انه لما ساق الام اتبعه الجحش ذاهبا وجائيا
فلا ضمان عليه وان كان حين ساق الحمار ساق معه الجحش فهو ضامن لقيمة الجحش لوجود الفعل
في الثاني دون الاول ومنها انه لو منع اصحاب المواشي عن المواشي حتى ضاعت فلا ضمان عليه
وكذا لو منع او اخرج صاحب الدار عن داره وحال بينه وبين سكناها حتى انهدم منها شيء فلا
ضمان عليه ومنها ما ذكر في النوادر انه اذا امسك رجلا حتى اخذت ثيابه فلا يضمن الممسك
شيئا وكذلك لو حبس رجلا حتى ضاع ماله لم يضمن كذا في فتاوى صدر الاسلام والفصول
الاستروشنية وذكر مسائله في باب الغصب فتاوى قاضي خان رحمه الله تعالى لهذا الاصل وكذا
ايضا ذكرها في الذخيرة وقال ولد غصب عجولا فاستهلكه وييبس لبن امه قال ابو بكر البلخي
رحمه الله يضمن الغاصب قيمة العجول ونقصان الام وان لم ينتقل الغاصب في الام فعلا من نقل
يد المالك وهذا كله على اصل علمائنا رحمهم الله واما على قول الشافعي رحمه الله فاثبات اليد
من المغصوب ليس بشرط بل اثباته يد العدوان عليه كان لتحقق الغصب وتظهر ثمرة الاختلاف

[illegible]

[redacted]

في زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست مضمونة عندنا لعدم حد الغصب
الذي ذكر وعند الشافعي رحمه الله مضمونة لوجود حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بدون
اذن المالك وعندنا حد الغصب ازالة المال عن المالك باثبات اليد عليه كذا ذكر هذين الحدين
في الايضاح **فان قلت** لم لا نقول بان الحد الذي ذكره الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد
على مال الغير بدون اذن المالك من غير اشتراط ازالة يد المالك هو حد الغصب عند محمد رحمه الله
ايضا ولهذا اتفق محمد رحمه الله والشافعي في تحقق غصب العقار خلافا لابي حنيفة رحمه الله وابي
يوسف في القول الآخر لوجود حد الغصب عند محمد والشافعي رحمهما الله كما هو المذكور في بعض
حواشي الكتاب حيث كتبوا الغصب عندنا اثبات اليد المبطلة مع ازالة اليد المحقة
خلافا لمحمد والشافعي رحمهما الله فان عندهما ازالة اليد المحقة ليس بشرط **قلت**
لا كذلك فان محمدا رحمه الله ساعدهما في ان حد الغصب هو ازالة المال عن يد المالك باثبات
اليد عليه غير ان له عذرا في تحقق الغصب في العقار لانه لا يشترط في حد الغصب ازالة يد المالك
والدليل على هذا ما ذكره في الايضاح بقوله مطلقا وعندنا حد الغصب ازالة المال عن يد
المالك كما ذكرنا ولان حد الغصب لو كان عند محمد رحمه الله كما هو حده عند الشافعي رحمه الله
لقال بضمان زوائد المغصوب كما قال به الشافعي ولم ينقل عن محمد رحمه الله بذلك علم انه يشترط
في حد الغصب ازالة يد المالك كما هو مذهبهما واما عذره في تحقق الغصب في العقار بدون ازالة
المال عن يد المالك شرط عنده فبما ذكره في المبسوط وتعليل قوله في العقار بقوله ومحمد رحمه
الله يقول العقار يضمن بالعقد الجائز والفاسد فيضمن بالغصب كالمنقول وتحقيقه ان وجوب
ضمان الغصب لصفة العقد بتفويت يد المالك وذلك فيما يتاتى في ذلك فيما لا يتاتى بفعل غير معتاد
لاثبات الحكم وهو الاستيلاء يتحقق بما يليقه بالسكنى واخراج المالك عنه الى اخر ما ذكره في
تلك المسألة ان شاء الله تعالى فعلم بهذا ان محمدا اشترط ازالة يد المالك وغصب المنقول
واما في حق غير المنقول فعنده الاستيلاء مقام الازالة الصورية لانه لا يشترط ولو لم يكن الا
هذا الا لتحقق بهما اعوج من الحواشي المنقولة وتشبثنا بما استعرض من الحوالات المجهولة لكفى
به ان نرغب وفي بعض النسخ اي نسخ القدوري ولان المثل اعدل اي ولان المثل صورة ومعنى اعدل
وهذا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات واما في ذوات القيم كالحيوانات فليس المثل
صورة ومعنى باعدل بل لا اعدل فيها المالية والقيمة عند عامة العلماء خلافا لاهل المدينة
فان عندهم استهلاك الحيوان مثله من جنسه معه لا بالقيمة كالشاة بالشاة على ما يجي
بعد هذا ان شاء الله تعالى لما فيه من مراعاة الجنس والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة
ومالية الحنطة الردية مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة والرداءة ساقطة العبرة في الاموال
الربوية واذا كان كذلك كان غصب المكيل رد المكيل في الجنسية وفي المالية اولى من رد
المالية بضمان القيمة وحاصل ذلك ان على الغاصب وجوب رد العين المغصوب لو امكن والا
فالمثل صورة ومعنى لو كان من ذوات الامثال والا فالقيمة وكشف هذا المعنى في المبسوط
وعلل المعونة بطريق العدوان فيجب فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه واتم وجوهه
رد العين عليه بعينه اعادة العين الى يده كما كانت فهو الواجب الاصلي عن صاحبه لا يصار
الى غيره الا عند العجز عنه فان عجز عن ذلك فهلا له ذنب بفعله او لعذر فعله فعليه ضمان لما
فوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك ثم على الملك نوعا
كامل وقاصر فالكامل هو المثل صورة ومعنى والقاصر هو المثل معنى اي في صفة المالية فيكون الواجب
عليه المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يلزمه المثل القاصر خلفا عن المثل التام وكونه
واجبا عليه وبيان هذا ان المغصوب انه اذا كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون فعليه
رد المثل عندنا وقال الشافعي عليه رد القيمة لانه تعذر ايصال العين اليه فيجب ايصال المالية
في وجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكنا نقول
الواجب هو المثل قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وتسمية الفعل

الثاني

قول محمد رحمه الله قول الشافعي رحمه الله لان الشافعي رحمه الله يقول يتحقق الغصب فان لم يكن
منه ازالة يد المالك وقد ذكرنا انه لاستحالة اجتماع اليدين اي من جنس واحد وهو يد الانتفاع
والارتفاق هكذا قيد به في الايضاح وهذا احتراز عن من لجم دابة من رجل فان غير المستاجر
حقيقة وفي يد المواجر حكما ومما يدل ان يكون يدهما في العقار وكان يد المالك
عليه ملكا وانتفاعا فلما اثبت الغاصب يده فيه انتفاعا زالت يد المالك من حيث
الانتفاع لاستحالة وقال في الايضاح لمحمد رحمه الله تعتبر معنى ازالة اليد لتحقق الغصب وقد
وجدها هنا لان الازالة تعتبر من الوجه الذي يثبت في المحل الذي كان فيه انتفاعا
وارتفاقا به وقد زالت تلك اليد بحدوث يد اخرى مثلها لانه لا يتصور اجتماع من جنس واحد
في محل واحد واذا انتفت يد المالك باثبات يده على المحل يجب الضمان فيتحقق هذين الوصفين
وهما ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب وهو الغصب اي بتحقق هذين الوصفين هو الغصب
نسبة وجحود الوديعة اي في العقار يعني اذا كان العقار وديعة في يد فجحده كان ضامنا
بالاتفاق وكذا اذا لم يغصب على ما يجي وهو يغصل منه اي الاخراج يعقل في المالك لا في العقار ولا
يكون غصبا فصار كما لو ابعد المالك عن المواشي فان ذلك لا يكون في المواشي حتى لو حبس المالك
حتى تلفت المواشي لا يضمن كذا في المبسوط وفي المنقول النقل يعقل منه اي في ذلك المنقول
وهو الغصب اي الفعل المغصوب في النقل ان الفعل في المغصوب لان بذلك يتحقق ازالة
يد المالك واثبات يد الغاصب فيه لو اخرجها في المغصوب فاعطيهما تاثيرا في الغصب وصف
الازالة والا وصف الاثبات بدليل ان الازالة لو تجردت عن الاثبات يصلح سببا للضمان
اي العكس بيان ذلك من كان في يده ثوب فجذب غيره على يده فالقاها في البحر فانه يجب
الضمان على الجاذب وقد عدم اثبات اليد ولو تجرد الاثبات عن الازالة لم يصلح سببا
للضمان كما اذا وضع يده على مال الغير من غير ازالة عن مكانه فلا يجب الضمان على الواضع لان
التعدي انما يحصل بالازالة فان محمدا رحمه الله لما يقول بالضمان باثبات اليد في العقار
اذا كان ذلك الاثبات على طريق الاستيلاء حتى ان من دخل دار رجل بغير اذنه فسقط
عليه منها حائط لم يضمن بالاتفاق ذكره في المبسوط ولما كان كذلك اذا اجتمع هذان الوصفان
في المنقول يجب ان يحال حكم الغصب على ما هو اكثر تاثيرا في سبب الضمان وهو الازالة على ما
هو اقل تاثيرا وهو الاثبات يحتمل هذا الذي ذكره هو ان الغصب انما يتحقق في المنقول
بالنقل ولا يتحقق بدون النقل فما اذا لم ينصرف فيه بصرف الملاك فان وضع يده واما
اذا تصرف فيه تصرف الملاك يكون غاصبا بدون النقل عن مكانه لان ذكر في الذخيرة والمغني
انه اذا ركب دابة رجل حال غيبته بغير امره ثم نزل عنها وتركها في مكانه ذكر في كتاب اللقطة
ان عليه الضمان وذكر الناطفي رحمه الله فيه اختلاف الروايات ثم قال والصحيح انه
لا يضمن على قول ابي حنيفة رحمه الله لان غصب المنقول لا يتحقق بدون النقل ولكن ذكر
في الاسرار فيه بالضمان على ما يجي ومسئلة الجحود مموعة لانه ذكر في الاسرار فيه بالضمان
على ما يجي وذكر في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لم يضمن وان جحد وان كانت
منقولا يضمن وقد ذكر في المبسوط والاصح ان نقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون
موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف ولو سلم فالضمان هنالك
ترك الحفظ وبتغير يد صاحبه بالجحود لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعة بعد جحوده حتى اذا
كانت الوديعة بساطا لم ينقله وجلس عليه جاحدا للوديعة لم يضمن لانه متى كان ظاهرا
لم يتغير يد صاحبه تصوره بالجحود بنفسه كذا في المبسوط ولو قلنا لو اصح محمد والشافعي
ظاهرا لم يتغير يد صاحبه هو رحمهما الله بالدليل السمعي والحكمي الشرعي اما الحكمي السمعي
فهو قوله عليه الصلوة والسلام من غصب شبرا من ارض طوقه الله يوم القيمة من سبع ارضين
هذا المطلق لفظ الغصب على العقار وكذلك اطلاق قوله عليه الصلوة والسلام
على اليد ما اخذت دليل على ما قلت لانه لا يتقيد فيه بالمنقول وهو الحكم الشرعي فهو ما ذكر

[illegible]

قول

[illegible] فإن قيل [illegible]

قلت [illegible]

صح

في الزيادات انه اذا وهب لرجل دارا فاستهلك الامتعة قبل ان يسلمها
الموهوب له ثم استحقت فللمستحق ان يضمن الموهوب له مع ان الموهوب له لم يزل الامتعة عن
يد المالك فعلم بهذا ان ازالة يد المالك ليست بشرط في الغصب والضمان وكذلك اذا ركب دابة
غيره ولم يسكنها حتى هلكت يضمن الراكب مع عدم النقل ولان الاستيلاء على مال الغير موجب الامتثال
والتملك لازالة يد المالك وكذلك في الغصب الا ترى ان اهل الحرب اذا ملكوا اراضي اهل الحرب بايدينا المستولية
على الاراضي الا بالاستيلاء على الملاك ولم ينتقلوا املاك اراضيهم ولان الرواية منصوصة
في كتاب الرجوع عن الشهادات ان الشهود اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي بشهادتهم
ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه ولا يكون شيئا منهم اقوى من الغصب فلما ضمنوا العقار
بالشهادة الكاذبة ينبغي ان يضمن الغاصب ايضا بالغصب لان كل واحد منهما سبب للضمان
ما جوابنا عنه **قلت** اما الجواب عن الحديث الاول فان النبي عليه الصلوة والسلام
بين جزاء غاصب العقار بالوعيد في الاخرة ولم يذكر الضمان في الدنيا وذلك دليل على ان
المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الواجب عليه ان يبين الضمان لان الحاجة
الى ... فلو كان عليه الضمان كان بيانه اولى والاحوط بالقياس واطلاق لفظة الغصب
عليه لا يدل على تحقق الغصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا الا ترى
انه اطلق لفظة البيع على الحر بقوله عليه الصلوة والسلام من باع حرا وهذا لا يدل
على البيع الموجب حقيقة فيتصور في الحر مع انا نقول يتحقق اصل الغصب في العقار ولكن
الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه لا ينقل ولا يحول لان الضمان انما يجب جبرا للفائت
ولا يتحقق بفوت اليد بدون النقل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله في مكان
يبقى ثابتا للمالك في ذلك المكان حكما وكذلك في الحديث الثاني لفظ الاخذ مجاز لان
الاخذ حقيقة غير متصور في العقار لان حد الاخذ ان يصير الماخوذ تبعا للبيع لانه منقول
منه لمكان منصرفا الى المنقول صونا لعمل بالاخذ على الحقيقة واما مسئلة الزيادات
في قتل ذلك الجواب غير مستقيم على اصل محمد رحمة الله لانه وافقنا على انه لا ضمان
بدون النقل ثم العذر فيه ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة
كانت معروفة ليد المالك فانقلبت بصفتها الى الموهوب له واما الضمان في مسئلة
الدابة اذا ركبها من غير نقل فان ذلك الضمان ضمان الاتلاف لا ضمان الغصب الا ترى انه لو
ركب حمارا فتلف تحته ضمن ووجد الاتلاف لسبب النقل وان الراكب ينقض الركوب
بعضها بصاحبها لصيرورة الدابة نفعا للراكب قياما او سيرا بالركوب بخلاف الارض فانها
لا تصير نفعا للمتصرف بمجرد الدخول الا ترى ان الراكب ضمن وان ركب حوفا ولم يقصد الغصب
والاستيلاء كاللبس بخلاف الدار فانه اذا دخل دار انسان ملتمسا من حر او برد لا يصير غاصبا
بالاتفاق واما الجواب عن استيلاء دار الحرب فقلنا ان الاستيلاء الراجب للملك لا يدل
على انه موجب للضمان لوجود الفرق بينهما الا ان الفرق الا ان ترى بمجرد عقد البيع موجب
للملك وهو ليس بموجب للضمان ما لم يوجد النقل والتسليم واما الجواب عن مسئلة
الشهادة يجيء بعد هذا كله مما اشار اليه في المبسوط والاسرار والعقار يضمن به الى
بالاتلاف ويدخل فيما قاله اي قاله القدوري في مختصره وهو قوله ما نقصه منه بفعله
وسكناه ضمنه وقوله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله الا جل ان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما
والحكم يبنى على السبب كذا في غصب المبسوط لا بينة لصاحب الدار اعاقبته لانه لو كان
له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لانه لا يمكن ان يقيم البينة على انها ملكه وباحد الدار عن
المشتري فهو على الاختلاف في الغصب اي لا يضمن البائع بالبيع والتسليم عندهما ذكر
في المبسوط وان كان الغاصب للدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقرار
على المشتري باطل لان المشتري صار مالكا للدار من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع

حتى ما يجيء بعد هذا ان شا الله تعالى كذا في الذخيرة بخلاف السعر اي لا يضمن الغاصب نقصان
قيمة المغصوب اذا كان ذلك النقصان بسبب تراجع السعر لان الذات لا يتغير [illegible]
السعر يرجع الى فتور رغبة الناس دون تغير الذات اذا رد في مكان الغصب [illegible]
من اخذ القيمة و[illegible] الانتظار الى الذهاب الى ذلك المكان فليسترده [illegible]
[illegible] المغصوب [illegible] القيمة وهذا المكان [illegible]
في مكان الغصب [illegible] المغصوب [illegible] القيمة فانه وصل اليه جميع
حقه من غير ضرر يحصل اليه اذ كان السعر في هذا المكان فانه [illegible] اقل من السعر في مكان
الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ القيمة في مكان الغصب وان شا انتظر [illegible]
اذا اخذ العين [illegible] وصل الى عين ملكه مع ضرر لحقه من قبل الغاصب فان قيمة الاشيا
[illegible] باختلاف الاماكن وهذا [illegible] انما حصل من قبل الغاصب وهذا [illegible]
الى هذا المكان [illegible] لا يلزم الضرر [illegible] ان ينتظر [illegible]
في البلد الذي غصبه فيه [illegible] لا يكون له خيار لان النقصان ما حصل
بفعل يضاف الى الغاصب وانما هو بمعنى راجع الى فتور رغبات الناس [illegible]
البيع [illegible] بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فلا يعتبر [illegible]
اي بخلاف البيع في حق البائع اذا نقص [illegible] من قيمته بسبب فوات وصف [illegible] قبل ان
المشتري [illegible] البائع شيئا النقصان للمشتري حتى لا يسقط شيئا عن المشتري بسبب نقصان
[illegible] النقصان حتى لو اشترى جارية [illegible] فاعورت في يد البائع [illegible]
[illegible] كان المشتري بالخيار ان شا اخذها [illegible] البيع [illegible]
[illegible]
النقصان [illegible] اذا كان في اموال الربوا [illegible] نقصان [illegible]
مع استرداد الاصل [illegible] النقصان [illegible]
[illegible] النقصان [illegible] مع استرداد الاصل [illegible]
[illegible] حنطة [illegible] او [illegible] الدراهم [illegible]
[illegible] ان شا اخذ ذلك [illegible] وان شا تركه [illegible]
[illegible] من الذهب [illegible]
[illegible] مثل [illegible]
[illegible] المغصوب منه [illegible]
[illegible] من الذهب [illegible]
[illegible] لانه [illegible]
[illegible] الاموال الربوية [illegible] النايب [illegible]
[illegible] النقصان [illegible]
[illegible] الى الربا [illegible]
[illegible] مع استرداد الاصل كان اعتياضا عن صفة الجودة و[illegible] الصنعة [illegible]
[illegible] في الاموال الربوية [illegible]
[illegible] المسالة [illegible]
[illegible] الخلاف [illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] الاصل [illegible] لصاحب [illegible] وكان [illegible]
[illegible] عليه الصلوة والسلام الخراج بالضمان [illegible]
الغاصب [illegible] بان يتصدق [illegible]
[illegible] النقصان [illegible]

[illegible] النقصان [illegible]
في الاولى [illegible] قيمة النقصان [illegible] هذا الخلاف [illegible]
الربح اذا [illegible] في الوديعة [illegible] ابو يوسف رحمه الله [illegible] له الربح [illegible] لابي يوسف رحمه الله
ان الربح حصل في ضمانه وملكه [illegible] استطابة الربح [illegible] الملك والضمان
[illegible] الضمان [illegible] المغصوب [illegible] الغاصب [illegible] الملك [illegible]
[illegible] المبيع قبل القبض [illegible]
ولان الربح يطيب بالملك والضمان [illegible]
[illegible] الملك لان [illegible] الملك [illegible]
طريق الاستناد [illegible]
[illegible] الامام [illegible] رحمة الله [illegible]
[illegible] الربح [illegible]
[illegible] الغاصب [illegible] التصدق [illegible]
[illegible] الملك [illegible] الضمان [illegible]
[illegible] الملك لا يطيب له الربح [illegible]
[illegible] الاجر [illegible]
[illegible] الملك [illegible]
[illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] المغصوبة لان [illegible]
[illegible]
[illegible] الغاصب [illegible] الاجارة [illegible]
[illegible] الغاصب [illegible] ابي حنيفة [illegible]
[illegible]
[illegible] العبد [illegible]
[illegible] ابي حنيفة رحمه الله [illegible] له [illegible]
[illegible]
[illegible] المال [illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] الغاصب
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] البيع [illegible]
[illegible] كذا في الذخيرة [illegible]
[illegible] الغاصب [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] التصدق [illegible]
[illegible]
[illegible] التصدق [illegible]
[illegible] المشتري [illegible] الغاصب [illegible]
[illegible] الغاصب
[illegible] الدابة [illegible]

الذين سبهم قليل لعوي يشترون الاشيا بشبهة ويصرفونها الى حوائجهم ثم يعصبون الاثمان
وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله وفي نوادر ابن سماعة اذا غصب ثوبا او كرا فاشترى
به طعاما لا يسعه ان ياكل حتى يودي قيمة الثوب او يودي مثل الكر الغصب ولو غصب
دراهم فاشترى بها طعاما وسعه اكله لان الثوب اذا استحق ينقض البيع واذا استحقت
الدراهم لا ينتقض البيع ولو غصب كر حنطة او ثوبا فاشترى بها جارية لا يسعه وطيها ولو غصبه
تزوج به امراة او غصب كر حنطة او شعير في البيع ينتقض البيع وان اشترى بالف جارية تساوي
الفين اي ان اشترى بالالف المغصوبة جارية لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس ولم يتحد
لان الالف غير الجارية والجارية وان كانت تساوي الفين لا يتبين ان الالف فيها ربح لاختلاف
الجنس بين الربح والجارية فان قلت الفين لا يتبين ان الالف يشكل على هذا التعليل
مسالة المضاربة وهي ما ذكر في باب عتق المضارب ودعوته من مضاربة المبسوط فقال
ولو اشترى اي المضارب بالالف التي هي جميع راس المال عبدا يملك المضارب حصته من الربح وذلك
ربع العبد لان نصفه مشغول براس المال والنصف الاخر ربح بينهما نصفان فقد ظهر
الربح في النصف الزايد في قيمة العبد على الالف التي هي راس المال مع ان العبد غير الالف
الذي اعطاه رب المال الى المضارب ومثل هذه المسالة مرت في مسائل المضاربة ايضا قلت
نعم كذلك الا ان في المضاربة لما انقلب راس المال عبدا انصرف المضاربة في العبد زيادة
قيمة نصف ظهر الربح في العبد فظهر المجانسة بين راس المال والربح لان نصف العبد مقابلة
راس المال والنصف الاخر مقابلة الربح ونصف العبد مجانسا لنصفه الاخر وحال في العبد
ويوسا لنا ايضا ظهر الربح بزيادة القيمة في الجارية على الالف المغصوبة ولكن ازالها
عن ملكه بغير عوض مالي فلم يعمل ظهور الربح ولا يجب التصدق بمقابلة الربح وقال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير وهذه المسالة لم يتصدق بشي ها هنا لان
الواجب عليه عند مكن الخبث في التصرف والتصدق بالربح ولذا يظهر الربح ها هنا بعد
الاستهلاك ولذا لا ما لو قلنا بوجوب التصدق بعد اخراجها عن ملكه بغير عوض مالي
يكون الاستهلاك عرفا محضا الى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير
فقال لان الخبث ثابت بالشبهة والشبهة تعمل في التصدق ولكن في التضمين ولو ثبت
التصدق بعد الاستهلاك لم يثبت الا بواسطة التضمين ولا سبيل الى التضمين لان الانسان
لا يضمن باتلاف ملك نفسه اما في مسالة المضاربة وجدت المجانسة على ما قلنا والعبد
ان في مالكه فظهر الربح فعمل عليه فلذلك لم يعرض في التعليل الى جانب وجود المجانسة
وفي قوله لان المال كله من جنس واحد وفيه فضل على راس المال فظهر الربح حتى اذا كان
مال المجانسة لا يظهر الربح وان كانت قيمتها تزيد على راس المال وقد مر في المضاربة في قوله
فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فجاءت بولد يساوي
الفا الى ان قال اذا صار المال في المضاربة اعيانا كل عين منها تساوي راس المال لا يظهر
الربح لصاحبه كل واحد منهما كراس المال والله اعلم **فصل** فيما يتغير
بعمل الغاصب لما ذكر مقدمات الغصب من بيان معنى الغصب لغة وشرعا ومن احكام
الضمان وما يتعلق به الغصب وما لا يتحقق ذكر في هذا الفصل كيفية ثبوت الملك عند
اداء الضمان وما يتعلق بها وقوله حتى زال اسمها احترازا عن من غصب شاة غيره وذبحها
حيث لم يزل ملك مالكها منها بمجرد الذبح في ظاهر الرواية لانه لم يزل اسمها لانه يقال شاة
مذبوحة وشاة حية وكذا ايضا فيه اذا كان الحنطة غصبها فطحنها حيث يزول ملك المغصوب
منه بمجرد الطحن لوجود المخالفة بين الحنطة والدقيق من حيث الاسم والهيئة والحكم والمقصود
اما الحكم فانه اذا غصب حنطة فاستهلكها لا يجب عليه رد الدقيق بالاجماع فعلم به انه غير الحنطة
حكما ايضا واما غير الحكم فظاهر لان صاحبه مقسور راضي بهم لم يملكه لئلا يدخل بين المكسور والصحيح
لكان الصفة وهذه الاقوال متقومة في بعض الاحوال دون البعض فيصح ان يقال الصفة

[illegible]

الذين

[illegible]

مهابير مسمومة في كل الاحوال بل يطعمها ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة
جدا والخشبة المنحوتة المهيأة للاساس وغيره كذا في المغرب واما مسالة الساحة بالحاء
المهملة فتجي بعد هذا في قوله ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى وكان مسالة الساحة
قولنا كقوله بخلاف هذه المسالة وكلامه ذكر في المبسوط فعلى ان يمضي على ما قلنا فقال
ولو غصب ساجة فجعلها بابا او حديدا فجعلها سيفا ضمن قيمة الحديد والساجة للغاصب
عندنا ثم اعلم ان هذا الحكم الذي ذكره في الساجة من زوال ملك مالكها اذا بنى الغاصب عليها
فيما اذا كان قيمة البنا اكثر من قيمة الساجة واما اذا كان قيمة الساجة اكثر من البنا فلم
يزل ملك مالكها ذكر في الذخيرة وبعد ذكر تمامه في مسالة الساحة وهو قوله ومن غصب
ارضا فغرس فيها او بنى ان شا الله تعالى والوجه من الجانبين قدمناه اي في اول هذا الفصل
بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الى اخره في هذه المسالة وامن ذكر
الشافعي رحمه الله وافقنا في تلك المسايل وهي ما اذا غصب حنطة فطحنها ونحوها وغيرها
والفرق له ان الحادث هنا زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم
واجبنا عنه اي ولئن اجبنا في تعليل هذه المسالة اي فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب
الى اخره اي لانه في هذه الحالة يا حدهما اما في حق الغاصب فكما في قول الشافعي رحمه الله بان
يهدم بناه ويرد الساجة الى صاحبها واما في حق المالك فكما في قولنا بانقطاع حق المالك
مجبور بالقيمة ونقصه ضرر يحصل المالية في القيمة بدون اعيانه الان في الاضرار بالغاصب
اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان لا بشرطه فيتعين ما كان ننقضه في نفسه
فلذلك قلنا بضرر النقل دون ضرر الاهدار **فان قلت** وللشافعي ان يقول في هذا
هذا الموضع فيه جوابه وهو ان الغاصب لو نقض بناه وسلم الساجة كانت جوازه ويجبر
المالك على القبول بخلاف تلك المسايل وهذا لو صار المالك حتى نقض الغاصب البنا
كان للمالك ان ياخذه فعلم بهاتين المسالتين ان حق المغصوب منه لم يسقط من الساجة
قلت قد انقطع حق المغصوب منه بما قلنا ذكرنا بان ما اتصل بالمغصوب من الوصف
الذي صنعه الغاصب معصوم في نفسه وفي اهداره ضرر عليه واما جواز الرد والجبر
على القبول باعتبار الامتناع عن التعرض برفع البنا كان لدفع الضرر عنه فاذا رضي بنفسه
حتى رفع بناه فقد التزم الضرر فيجوز الرد والجبر على المالك للقبول بوصول الحق الى المستحق كما
كان صاحب الساجة صاحب اصل لان بنا الغاصب عليها والغاصب صاحب وصف والاصل
ان مراعاة صاحب الاصل اولى من مراعاة صاحب الوصف فلنا رعاية جانب صاحب الوصف
وهو البنا اولى لان هذا الوصف قايم من كل وجه والاصل قايم من وجه مستهلك من وجه
لان الاصل كان ملكا للمغصوب منه مقصودا والان صار تبعا لملك غيره ولهذا صار بحيث
يستحق الشفعة بعد ان كان مقصودا لا يستحق بالشفعة فانعدم منه سائر وجوه الانتفاع سوى
هذا والقايم من كل وجه يترجح على القايم من وجه وانما يترجح جانب الاصل اذا كان الاصل
قايما من كل وجه كما في مسالة الساحة فانها قايمة من كل وجه ويستحق الشفعة كما كانت
من قبل هذا كله مما اشار اليه في المبسوط ثم ذكر في الذخيرة وقال ولم يذكر في الاصل ما اذا
اراد الغاصب ان ينقض البنا ويرد الساجة مع انه ملكها بالضمان هل يحل له ذلك وهذا
على وجهين ان كان القاضي قضى عليه بالقيمة لا يحل له نقض البنا واذا نقض لم يسقط ذلك
الساجة فان كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا يحل وبعضهم
قالوا لا يحل لان فيه من تضييع المال من غير فايدة واذا ادخل اللوح المغصوب في سفينة الجواب
في هذا اما اذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع لوحه منها لان
فيه تلف الناس كما اذا خاف التلف حل له ان يغصب ولذلك اللوح حتى ان السفينة اذا كانت
واقفة كان له النزع عند الشافعي هكذا نص عليه في الاشراد بعد جواز النزع هاهنا عندنا لان
الغاصب ملك ذلك بالصنع ولكن لا يؤمر بالنزع لان فيه تلف وكذلك في الابريسم اذا غصبه وخاطه

ورد الارض بل يضمن الغاصب قيمة الارض وهذا اوفق لمسايل الغصب على اصلنا والدليل
على هذا الذي ذكرته ما ذكره في الوجيز والمحيط والمغني فقال الامام القاضي ابو علي النسفي حكي عن
الكرخي رحمه الله انه ذكر في كتبه تفصيلا قال ان كان قيمة الساحة اقل من قيمة البنا ليس له
ان ياخذها وان كان قيمة الساحة اكثر من قيمة البنا له ان ياخذ الساحة وقال مشايخنا
وهذا قريب من مسايل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال ان من كان في يده لولوة فسقطت
اللولوة فابتلعتها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللولوة فان الدجاجة اقل خير صاحب
اللولوة ان شا اخذ الدجاجة وضمن قيمتها للمالك وان شا اللولوة وضمن صاحب الدجاجة
اللولوة وكذلك لو اودع رجلا فصيلا فكبر الفصيل حتى لا يمكن اخراجه من البيت الا بنقض
الجدار ينظر الى اكثرهما قيمة ويخير صاحب الاكثر على ما قلناه في الحيطان وكذلك قدر الشاة
في قدر البقالة فلا قدر بعد اخراجه ينظر الى ايهما اكثر قيمة الاخر فيومر صاحب الاكثر قيمته
ويدفع قيمة الاخر الى صاحبه ويملك مال صاحبه ويكون مخيرا بعد ذلك يتلف ايهما
شا وكذلك وكذلك اذا كان المساحة في الدار المشاجرة لا يمكن اخراجها الا بهدم
شي من الحايط ينظر الى ايهما اكثر قيمة ولو كان داخل دخل اترجة رجل في قادورة لرجل الاترجة
بلا اختيار لاحد وضمن الفاعل لصاحب الاترجه قيمة الاترجه ولصاحب القادورة قيمة
القادورة ويكون الاترجه والقادورة له بالضمان وليس لعرق ظالم حق بتنوين عرق
على وجه الصفة والموصوف وذكر في المغرب اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في
الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة
صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن واول الحديث ما ذكره في الفايق والمغربين من
احيى ارضا ميتة فهي له وليس لعرق الظالم حق قال قال هشام بن عروة وهو ان
يجي الرجل الى ارض قد احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا ليستوجب به الارض معناه
ثمة بنا او شجر يومر بقلعه فعلى هذا كانت قيمة الشجر المقلوع اكثر من قيمته لان المونة
مردودة في قلع المقلوع دون القايم واذا دفع قيمة المقلوع لذلك لان حقه فيه الى ان
حق الغاصب في البنا او الشجر تبعا وما لصاحب الارض ولعوله لصحة لبنا او شجر ثابت
لصاحب الارض الذي له وكان له ان يامر بقلعه لانه لما كانت هذه الولاية وهي ولاية
القلع ثابتة لصاحب الارض فيقوم الارض هكذا لت السويق خلطه من باب طلب لان
التمييز ممكن اي بالعصر واما بينا ان فيه رعاية للجانبين اي جانبي المالك والغاصب
ولم يذكر فيما قبل هذه العبارة بعينها ولكن ما ذكره في تعليل المسالة المذكورة في اول
هذا الفصل يودي معناه الى هذا من اعتبار جانب الغاصب وجانب المالك وهو قوله
ولنا اذا احدث صنعة متقومة الى اخره وكذلك قوله في تعليل مسالة غصب الساحة
يقول اجزلنا فيه ان ضم ذهب المدة اضرارا بالغاصب وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور
بالقيمة كان في هذا كله اعتبارا للجانبين وقوله بخلاف الساحة بالحاء المهملة جواب
عن قوله اعتبارا بفصل الساحة يومر بالقلع اذا البنا تكون الارض تنقص بالقلع من اثبات
الخيار لان المنفصل اي الحاصل من البنا المنقول كالخشب والاجر له اي للغاصب اما الصبغ
فلا شي له ولم يحصل للغاصب منه شي فلذلك قلنا بالخيار لصاحب الثوب بين الشيين
المذكورين في الكتاب لكيلا يفوت حق الغاصب من كل وجه لما بينا ان الغاصب وان كان
متعديا فماله ثابتة فكان جانبه مرعيا ايضا لا محالة وعلى ما قال الشافعي يهدر جانب الغاصب
من كل وجه بخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح يعني اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في
صبغ غيره فان هناك لا ضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصنع منه فيما ورا ذلك هنا سوا الى
صبغ الغاصب كذا في المبسوط وذكر في الايضاح ولو وقع الثوب في صبغ اخر فانصبغ به ولم
يفعله احد فهو لرب الثوب ولا شي عليه من قيمة الصبغ في قول ابي حنيفة رحمه الله وان عصفر
او زعفر انا ورب الثوب بالخيار ان شا اعطاه ما زاد الصبغ فيه وان شا امتنع فيباع الثوب فيضرب

[illegible]

فيه صاحب الثوب بقيمته ابيض ويضرب صاحب الصبغ بقيمة الصبغ في الثوب لانه لم
يوجد من واحد منهما فعل هو سبب الضمان وسبق تمكين منه لتضمين الثوب فقوله لتضمين
على بناء المفعول من التضمين وقوله الثوب بالنصب على انه مفعول ثان اي لتضمين صاحب
الصبغ الثوب قال ابو العصمة اي المروزي رحمه الله في اصل المسالة اي في قوله ومن غصب
ثوبا فصبغه احمر [illegible] هذا العقد عين ان يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل
بما قبله من مسالة الانصباغ وان كان حكم مسالة الانصباغ ايضا كذلك على ما ذكر في الكتاب
بقوله فيما اذا انصبغ من الثوب بنفسه وقد ذكرنا ظهر ما ذكرنا الوجه في السويق اي الجواب
والتعليل في الصبغ والانصباغ اما حكمه في الغصب فقد ذكر ان صاحب السويق بالخيار ان
ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء اخذهما وغرم ما زاد السمن لو اختلط بالسويق كان السويق
بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان الثمن السويق والسمن كالتابع له فان قيل السويق
ملتوت واما العسل والسمن فطاما اصلان سماه به او سمي المثل بالقيمة يتناول ما يقوم
مقامه لقيامه اي لقيام المثل مقام المصبوغ ثم صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة
رحمه الله حتى اذا غصب ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب ان ياخذه ولا يعطيه شيئا
في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما السواد كالحمرة والصفرة وقيل هذا اختلاف في الحقيقة
ولكن ابو حنيفة رحمه الله اجاب على ما شاهده في عصره من عادة بني امية وقد كانوا
ممتنعين عن لبس السواد وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد
وقد كان ابو يوسف رحمه الله اولا يقول بقول ابي حنيفة فلما قلد القضاء امر بلبس السواد احتاج
الى التزام مؤنته في ذلك فرجع وقال السواد زيادة وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب
وينقص من قيمة بعض الثياب كالقصب وان كان المغصوب ثوبا ينقص السواد من قيمته
فالجواب ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وان كان ثوبا يزيد السواد في قيمته فالجواب
ما قالا لانه بمنزلة الحمرة والصفرة كذا في المبسوط وان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه ويأخذ
خمسة دراهم يعني ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد فيه فان كانت خمسة فلصاحب الثوب
ان ياخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب ايضا لانه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان
قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة دراهم فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه
بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله كذا في المبسوط فتحصل
من هذا كله ان صبغ الثوب لا يخلو اما ان يكون يوجب الزيادة او النقصان ثم ان كل واحد
من السواد وغيره اما ان يكون ذلك الفاعل صاحب الثوب او صاحب الصبغ او غيرهما وذلك
الغير اما ان يكون حاضرا او غائبا وهذه الاقسام كلها مذكورة في الايضاح ثم الذي ذكره في الكتاب
هو الذي ذكرناه ولا احتياج الى اعادته واما الذي لم يذكر في الكتاب فهو ان صاحب الثوب
لو غصب العصفر وصبغ به ثوبه فهو ضامن لمثل ما اخذ لانه استهلكه فيضمن المثل ان قدر عليه
وان لم يقدر فهو على الاختلاف الذي ذكرنا فيما ينقطع من ايدي الناس وليس لصاحب العصفر
ان يحبس الثوب في شيء من ذلك لان الثوب اصل فصار الصبغ فيه كالهالك والسواد من هذا
الوجه بمنزلة العصفر على قول ابي حنيفة ايضا لان مالك الثوب مستهلك السواد ولا فرق بين
ان يزيد قيمة الثوب او ينقص ولو دفع الثوب في صبغ احد فانصبغ فعدد ما ذكرناه ولو غصب
انسان ثوبا من رجل وعصفرا لغيره من اخر ثم ذهب الفاعل ولا يعرف مكانه فالقول
فيه كما لو اختلط بغير فعل احد استحسانا وفي القياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على ما في الثوب
سبيل لانه وجب الضمان على الغاصب وانقطع حقه عن الصبغ وجه الاستحسان انه
اذا لم يعرف الفاعل وتعذر الزام الضمان عليه فصار كانه حصل من غير فعل احد ومما يشابه
الغصب ومن فتح راس تنور انسان حتى برد فعليه الحطب مقدار ما يسجر به التنور ويمكن ان
يقال يلزمه استيجار التنور المسجور لينتفع به من غير ان يسجره ثانيا فيضمن ذلك القدر او ينظر
الى اجرته مسجورا وغير مسجور فيلزمه تفاوت ما بينهما كذا في الذخيرة والله اعلم بالصواب

فصل

فصل لما ذكر معاملات الغصب كما ذكرنا وذكر ايضا انه [illegible] الملك للغاصب
[illegible] في ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها بل للمالك ان ياخذها على ملكه
[illegible] او الطحن ويضمنه ما انتقص من القيمة ولنا انه ملك البدل [illegible]
الجارية دفعا للضرر عن الغاصب او لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد هذا ما
انتهى اليه الكتاب وقال في المبسوط وبعض المتقدمين من اصحابنا يقول سبب الملك عندنا
تقرر الضمان على الغاصب لكيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وهذا اصح على
المعاوضات تملك بالضمانات ولكن هذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا
ينفذ بيع الغاصب [illegible] وبعض المتاخرين يقول الغصب هو السبب الموجب للملك
كان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا [illegible]
[illegible] والغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون
[illegible] ولا يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه
[illegible] الى الشرع فالاشبه ان يقول الغصب
[illegible] القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبران مقصود بهذا السبب
[illegible] الملك به شرطا للقضاء بالقيمة [illegible]
[illegible] فلا يثبت هذا الملك فيه بخلاف الزيادة المتصلة فانها تبع محض والكسب
[illegible] فيكون تبعا محضا ثم ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل [illegible]
[illegible] قول المتاخرين
[illegible] قال في الاسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند
القضاء بالضمان او التراضي عليه وقول الناس [illegible] الغصب يفيد الملك خطا لان الملك
[illegible] الغصب هو السبب عندنا كالبيع [illegible] القضاء [illegible]
[illegible] وقال الشافعي رحمه الله [illegible]
[illegible] المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك [illegible]
[illegible]
[illegible] كان البيع [illegible] العتق [illegible]
المدبر واما هاهنا فلم [illegible] الكلام [illegible] والمدبر غير قابل للنقل من ملك الى
ملك ولما كان كذلك كان وجوب الضمان على صاحب المدبر [illegible] اليد عن المدبر
لا بمقابلة الرقبة وفي المبسوط اما المدبر [illegible] طريقان احدهما ان هناك لا [illegible]
بقاء العين على ملكه [illegible] لتحصيل هذا الشرط
[illegible] صحة القضاء بالقيمة فان شرط صحته [illegible] الملك في العين وهذا [illegible]
المدبر [illegible] الكسب [illegible] للغاصب دون المغصوب منه [illegible]
[illegible] المدبر [illegible] حق العين [illegible] عندنا وهنا
[illegible] المدبر [illegible] عن العين لان ما هو شرطه وهو انعدام الملك في العين [illegible]
[illegible] عن النقصان الذي يحل به وهذا [illegible]
[illegible] عن النقصان الذي يحل به [illegible] في العين [illegible]
[illegible] في كل محل [illegible] شرطه وهو تمليك العين وفيما لا يحتمل [illegible] هذا الشرط
كالمدبر وام الولد [illegible] لا يجعل بدلا عن العين [illegible] فانه اذا [illegible] بالتراضي كان
[illegible] العين [illegible] **فان قلت** [illegible]
[illegible] الغاصب لا يملك الجارية فان ادى ضمانا [illegible] الغصب [illegible]
[illegible] العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها كما في فصل الحنطة [illegible]
الضمان [illegible] بقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض
[illegible] الله تعالى [illegible] قسمين قسما بالباطل وقسما بالتجارة عن تراض وهذا ليس بتجارة

والمغني قال محمد رحمه الله والاصل اذا ادعى رجل انه غصب منه جارية واقام على ذلك بينة يحبس
المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله ينبغي ان يحفظ هذه
المسألة لانه قال اذا اقام بينة انه غصب جارية ولم يبين جنسها ووصفها وقيمتها من المشايخ من
قال تاويل المسألة انه ذكر في المبسوط بعدما ذكر صورة المسألة هكذا فقال وكان ابو بكر
الاعمش رحمه الله يقول تاويل هذه المسألة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان
الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة فاما الشهادة على فعل الغاصب فلا تقبل مع جهالة
المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعي في المغصوب ولا يمكن القاضي من القضاء فلا بد من
الاشارة الى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة ثم قال ولكن الاصح ان هذه الدعوى والشهادة
صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعا من احضار المغصوب عادة فيسقط اعتبار علمهم
بالاوصاف لاجل التعذر وثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت
ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به ولان وجوب الرد على الغاصب بنفس الفعل
وهذا معلوم من شهادتهم فيمكن من شهادتهم القاضي من القضاء به فكذا في الذخيرة واخذ دونها
لعدم الحجة اي اخذ المالك ما هو دون قيمة المغصوب كان لعدم الحجة وهذا جواب لسؤال مقدر
وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون للمالك هذا الخيار لانه لما اخذ القيمة وان كانت ناقصة فقد تم
رضاه فقال في جوابه لا بل لم يتم رضاه والذي اخذ لم يتم رضاه بتلك القيمة لانه انما اخذ تلك
القيمة للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل ذلك على رضاه بخلاف تلك المسألة لان دعواه تلك القيمة
كانت باختياره ولو ظهر العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه اي قيمة المغصوب اقل من الذي
ضمنه فهو في هذا الفصل الاخير وهو ما اذا كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فلذلك الجواب اي
هو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض كما لو ظهرت وقيمتها اكثر
من الذي ضمنه وقوله ان لا يتم رضاه يتعلق بقوله وهو الاصح وقال في المبسوط قال الكرخي
رحمه الله هذا الخيار للمالك فيما اذا كان قيمتها بعدما ظهرت اكثر مما قال الغاصب فاما
اذا كان قيمتها مثل ما قال الغاصب فلا خيار له في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله
وفي ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذ لم يعط
ما ادعيه من القيمة وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف
قيمتها فقد لا يرضى الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وقوله لم يتم الحوط على بنا المفعول الى المالك
لم يعط ما يدعيه وان اعتقه ثم ضمن قيمته اي اعتق الغاصب عن نفسه لم يجز عتقه اي على ما
لو ضمن القيمة اي اداء قيمة العبد على المالك ثم اعتق لاشك انه يعتق على الغاصب واما لو اعتق
الغاصب قبل الضمان فاجاز المالك اعتاقه جوزه وبيع عن المالك لان العتق انما يتوقف وقال
في المبسوط في اثناء كلام العتق يتوقف على اجازة مالك ظاهر الملك فان المالك لو اجاز العتق عن
نفسه عتق من جهته لا من جهة من يحدث له الملك لان ملكه الثابت ناقص لثبوته مستندا
او ضرورة ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد والناقص يكفي لنفوذ العتق البيع دون
العتق كملك المكاتب فان المكاتب يملك بيع عبده ولا يملك اعتاقه لان له ملك يد لا ملك رقبة
فان قلت كان ملك الغاصب هنا ناقص لكونه ثابتا بطريق الاستناد فلم ذلك على ما ذكر
وكذا ملك المشتري من الغاصب ناقص ايضا قبل اجازة المالك البيع لثبوته بطريق الاستناد ثم
اذا اعتق هذا المشتري العبد ثم اجاز المالك البيع فان بيع الغاصب واعتاق المشتري يصح على
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد وزفر رحمهم الله فما وجه الفرق لهما بين
التضمين والاجازة في حق نفوذ العتق في الاجازة دون التضمين قلت انما يعتق لان
ان هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فتعقد بنفوذ السبب بالاجازة كالوارث اذا اعتق عبدا
من التركة ثم تستغرقه بالدين ثم سقط الدين او المشتري من الوارث اذا اعتق وذلك لان
العبد الموقوف بسبب تام في نفسه لكن الامتناع ثم من نفوذ الحكم لحق المالك فلذلك تراخى الحكم
عنه وليس من حدوده تمام السبب ايضا الحكم به بل تراخى عنه لان الاسباب الشرعية لا تعقد خالية

قلت

[illegible]

والمغني

عن الحكم ولكن يجوز ان يتأخر الحكم عن السبب الى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما والدليل على تمام السبب انه لا يشترط على النكاح انما يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة والنكاح ينعقد موقوفا المفوض وكذلك الغاصبان اذا تقابضا وتفاسخا واجاز المالك جاز المبيع عليه عند الاجازة وزوائد المنفصلة والمتصلة فلما كان البيع الموقوف سببا تاما في نفسه ويتوقف نفوذ الحكم الى اجازة المالك ايضا فينعقده بعوده بخلاف الغاصب اذا ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة ويظهر الملك في حق نفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المكاتب في كسبه وهاهنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة وعن هذا افترقا اما قيد في الكتاب باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الاصح فبنا على الوقف فانه ان وقفه المشتري من الغاصب ثم ضمنه الغاصب يصح وقفه وفي رواية لا يصح الاعتاق من المشتري هناك والعراقي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على هذه الرواية بين اعتاق المشتري من الغاصب مع اجازة المالك وان المشتري هناك ملكه من جهة الغاصب وقد بينا انه لا يستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن ملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه واما في صورة الاجازة انما يستند الملك الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد على ما قلنا فلهذا نفذ عتقه هذا كله من المبسوط وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال ان الاكتساب الحاصلة باستغلال الغاصب فهي ليست من قبيل نماء المغصوب لانه لا يستقيم الاستثناء بقوله الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها فيمنعها لما ذكرنا ان الغلة الحاصلة من المغصوب غير مضمونة عنده وان استهلكها لما انها عوض عن منافع المغصوب ومنافع المغصوب غير مضمونة موصولة كانت كالسمن والجمال او منفصلة كالولد ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك فكان الاختلاف على هذا التقدير في هذه المسألة ساو من الشافعي رحمه الله مبنيا على حد الغصب وقوله على ما ذكرنا اشارة الى ما ذكر في اول الغصب من قوله وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

فان قلت هذا الذي ذكرتم منقوض طردا وعكسا اما طردا اذا غصب الجارية حاملا وولدته عند الغاصب فالولد امانة كما لو لم يكن حاملا حملت في يد الغاصب وولدت على ان الغصب ورد على الجارية بجميع اجزائها والولد جزء منها فيجب ان يكون الولد مضمونا بالمالية نظرا المطرد هذا الحد وليس كذلك والرواية في الاسرار واما عكسا ففي مسائل احدها غير هذه المسألة التي نحن فيها وهو انه لم يزل يد المالك عن ولدها سواء كان معه هذا الطالب او لم يوجد منه هذا الطلب كما اذا غصبه مقصودا والغاصب الثاني يضمن للمالك وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والثالث انه اذا لم تشهد مع الغير على الاستهلال يضمن ضمان الغصب وما ازال يد المالك والرابع العقور يضمن الولد بالمنع وان لم يوجد منه ازالة يد المالك في حق الولد ولان الاموال تارة يضمن بالاتلاف مباشرة وهو ظاهر وتارة بالاتلاف تسبيبا اذا كان التسبب على طريق التعدي كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فاتت منها شاة بعد غصب الام وامسكها الى وقت الولادة سبب لحصول الزيادة في يده اشبه من حفر البئر للتلف فان البئر سبب لسقوط فيه المال وهو لا يسقط ولو سقط مع سلوك او ملك في الغالب منه السلامة وامساك الام لحصول الزيادة لا محالة فان امثل السوائم للزيادة خصوصا اذا لم تكن عجزا وهي حاملا فلما ضمن هناك بالتسبب فاولى ان يضمن هنا فانهما سوا والتسبب بطريق التلف باتلاف المال على المالك وهذا الزامنا منه الى الاتلاف كما بينا فوجب ان يضمن ولان ولد المغصوبة ما تولد من اصل مغصوب مضمون بيد تعديه فيجب ان يحدث مضمونا كالمالك وهذا الزامنا منه الى الاتلاف كما بينا فوجب ان يضمن ولان ولد المغصوبة

ما

ما تولد من اصل مغصوب مضمون بيد تعديه فيجب ان يحدث مضمونا كانه المالك لما ان الاوصاف القارة من الامهات تسري الى الاولاد كسائر الاوصاف من الحرية والرقبة والملك في الشرك

قلت لا بل ما ذكره من الحد مستقيم بمعانيه الاستقامة وقد ذكرنا وجه الاستقامة في اوائل كتاب الغصب واما ما يرد نقضا وليس كذلك اما الجواب عن المسألة الاولى وهي غصب الجارية حاملا فقلنا اذا لم يضمن ولدها لعدم تحقق حد الغصب الذي ذكرنا وحقيقة وهو ان الغصب عبارة عن اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك والولد بعد ما لا متقوما الا بعد الولادة وقبل الولادة بعد عيبا في الامة ولما لم يكن هو في ذلك الوقت مالا متقوما لم يرد الغصب في حقه لانعدام شرط الحد فكان نموا ولو ولدت الجارية حل حادث في يد الغاصب كان دليلا على ولد حدث في يد الغاصب بحمل كان حدث قبل الغصب وان الغصب غير ثابت في حقها واما الجواب عن المسائل التي سميتها لعكسه فشيء واحد يشمل الكل وهو ان المنع عند الطلب او الفعل الذي يقوم مقام المنع كترك الاشهاد في الملتقط بمنزلة الغصب حقيقة وذلك لان للمالك ولاية الاسترداد في كل وقت فلما منعه عن استرداده كان مزيلا لليد تقديرا فكان حد الغصب موجودا فيضمن اما الجواب عن قوله بكون الولد مضمونا على الغاصب لوجود السبب عند الاتلاف بطريق التعدي كما في حفر البئر فقلنا المسبب للتلف انما يضمن اذا كان متعديا ولا يضمن اذا لم يكن متعديا فهو وحافر البئر سواء لان التلف بالبئر حقيقي وانما المال ولا يلحقه في نفسه بمجرد الايدي بل المال يحصل بالايدي ويحفظ بها واما الضمان فلا يلزم الا من ازال يده عن ماله بالاتلاف ولم يوجد ازالة اليد في حق الزيادة فلا يضمن واما الجواب عن فصل سرايته وصف كون الام مضمونا الى الولد فقلنا ان الملك ثابت في ذمة الام وصفة لها ويسري الى ما يتولد منها واما الضمان فعبارة عن لزوم والزوم عن ذمة الغاصب فانه صفة له لا للمالك واما يوصف المال به مجازا كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب صفة للغصبان بخلاف الملك فانه وصف للمحل حيث يوصف بانه مملوك حقيقة فلذلك يسري الى الولد دون كونه مضمونا هذا كله مما اشار اليه في الاسرار وان باعه وسلمه واما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق الا بمجرد البيع بل بالتسليم بعده كالو باع المودع الوديعة وسلمها فانه يكون ضامنا

فان قيل المسح في بيع التسليم بعويت يد المالك لانه متمكنا من اخذه من الغاصب وقد زال بيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا كذا في المبسوط من الارسال اي في الحرم ولو اطلق الجواب اي لو قيل بوجوب الضمان في ولد الصيد المخرج من الحرم سواء هلك قبل التمكن من الارسال او هلك بعد التمكن من الارسال يجب ضمان من جنايته اي اتلاف وذلك لان صيد الحرم وان كان امنا في الحرم صيدا وذلك في بعض عن ايدينا كذا في الاسرار وهذا يتكرر يتكرر هنا اي يتكرر الجزا بتكرر هتك الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله عن الحرم ثم اخرج ذلك الصيد يجب ضمان آخر هكذا وجدت بخط شيخي رحمه الله ولكن يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هتك الجناية التي هي الاخراج عن الحرم وهذا اولى لانه اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب وفي الغصب اذا اوصل المغصوب الى المالك كاغصب لا يجب الضمان على الغاصب ثم بعد لكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب وكذا هنا ولفظ المبسوط في المناسك محرم او حلال اخرج صيدا من الحرم لانه يومر برده الى الحرم فانه كان بالحرم امنا صيدا وقد ازال ذلك الامن عنه باخراجه فعليه اعادة اخراجه بان يرده الى الحرم ويرسله وهذا لان كل فعل هو ممنوع عنه في فعله فعليه نسخ ذلك الفعل وقال عليه الصلوة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد ويعني فعله بان يتقيد كما كان فان ارسله في الحل فعليه جزاؤه لانه ما اعاده امنا كما كان فان الامن كان ثابتا بسبب الحرم وما لم يصل الى الحرم لا يعود اليه ذلك الامن ولا يخرج الجاني بمنزلة الغاصب اذا رده على غير المغصوب فان وصل الى الحرم حينئذ برأ من جزائه كما اذا اوصل المغصوب الى يد الغاصب منه

هذا الذي ذكر في الزوائد المتصلة كالسمن والجمال فهي امانة ايضا في يد الغاصب عندنا
حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند
الشافعي رحمه الله هي مضمونة ايضا كما في المنفصلة عنده وعلى هذا الاختلاف لو زادت
قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة في بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها وقت
الغصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها عند الهلاك لان من اصله ان سبب الضمان
اثبات اليد وان اليد مستدامة وعند وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب
فتعتبر قيمتها عند ذلك اما لو باع الجارية بعد ما ازدادت قيمتها بالزيادة المتصلة او
غصب حيوانا فزاد في يده خيرا عند الغاصب فباعه الغاصب وسلمه الى المشتري فان كان
قائما اخذه صاحبه وان كان هالكا فهو بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب
وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض وليس له ان يضمن البائع والتسليم فيه الزوائد وروى
هذا الاختلاف ابن سماعة عن محمد وفي ظاهر الرواية انه اختار تضمين البائع له ذلك ان شاء
قيمته قيمتها وقت البيع والتسليم وجه قولهما ان الزيادة حصلت في يد الغاصب امانة
وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها كما لو قتلها بعد حدوث الزيادة
ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق
بالمغصوب لوجهين احدهما ان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بتفويت يد المالك والتفويت
بعد التفويت في محل واحد لا يتحقق والثاني ان الاسباب مطلوبة لاحكامها وتكرار الغصب
من واحد في محل واحد لا يفيد فكذا البيع ثمن واحد وانما قلنا ان ضمان البيع والتسليم
ضمان غصب لان ملك المغصوب منه لو بيع الغاصب واما الاستهلاك فهو تفويت العين
حقيقة لا غصبا وبه وقع الفرق الا ترى ان الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب
ويضمن بالاتلاف كذا في المبسوط والايضاح **قوله** رحمه الله في ضمان الغصب
حرر المسالة الذي هو قوله وما نقصت الجارية بالولادة اذا وجدت النقصان فمعلوم [illegible]
ضمان الغاصب فيجب عليه رد النقصان مع الجارية حتى ان الرجل اذا غصب جارية فولدت
عند الغاصب ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت
في الجارية بسبب الولادة لان الجارية بسبب الغصب دخلت في ضمان الغاصب بجميع اجزائها
وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها فكذا
في جزئها فان كان في قيمة الولد وفاء جبر النقصان بالولد يعني لو لم يمت الولد ولكن نقصت
قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح ان يكون جابرا لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا
اذا رد الجارية وولدها ثم ذكر في المبسوط والاسرار في هذه المسالة لا خلاف لزفر و
الشافعي رحمه الله وذكر في الايضاح كما هو المذكور في الكتاب كما في الصبية يعني ان المحرم
او الحلال اذا اخرج الصبية من الحرم فولدت ولدا فنقصت قيمة الصبية بسبب الولادة
وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فهنا لا يجبر ذلك النقصان بقيمة الولد بل يجب
ضمان النقصان مع وجوب رد الصبية وولدها الى الحرم او ما نقصت الام اي بسبب الولادة
هكذا نص في الاسرار والايضاح وبالولد وفاء اي وبقيمة الولد وفاء كما اذا جز صوف شاة
او قطع قوائم شجر غيره يعني اذا جز صوف شاة غيره ثم نبتت مكانه صوف اخر او قطع قوائم
شجر ثم نبتت قوائم اخرى وان فيها لا يجبر نقص ما نبتت او خصى عبد غيره يعني اذا خصا
عبد غيره يعني فخصا عبدا غيره فقطع خصيته وهو نقصان فيه من حيث فوات الجزء ولكن
ازدادت قيمته بسبب الخصا لكن ان تضمنه نقصان الخصية اي اعتبارا بالجزء [illegible] قيمته
بعد [illegible] ولا يجبر ذلك النقصان بازدياد قيمته كما لو ازداد قيمة الخصيان او علم الحرفة فاضناه التعليم
ولا يجبر نقصان ما اضناه التعليم بما ازداد قيمته بسبب الزيادة والنقصان واحد فلا
يكون نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن
النقصان كالبيع لما ازال المبيع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لما

السبب

السبب فكما ينعدم النقصان اذا ازداد ذلك الجزء بعينه بان غصب بقرة فقطع جزءا من اسنانها ثم رد ذلك
الجزء الامثل فكذا ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته
كذا في المبسوط وهو الولاد عند ابي يوسف ومحمد او العلوق اي عند ابي حنيفة رحمه الله اي سبب
النقصان في الامة الزيادة وعندهما على ما يجيء بعيد هذا في مسالة من غصب جارية فزنى بها
وعند ابي حنيفة رحمه الله العلوق فلذلك لم يضمن عندهما ان هلك لان سبب الضمان وهو
الولادة في يد المالك وضمن عنده لان سبب النقصان وهو العلوق كان على الغاصب فلم يوجد
تسليمها كما هي وقت [illegible] على ما عرف اشارة الى هذا الصبية ممنوعة اذ ليس الحكم في ولد
الصبية كما قال الشافعي رحمه الله وزفر بل نقصان الصبية بالولادة لا ينجبر الولد بل يجب
بلا [illegible] وكذلك اذا ماتت الام الى البيع فيه فانه ايضا يعني اذا غصب الجارية وولدت
الجارية في يد الغاصب وكذا يساوي قيمته قيمة الجارية وان كانت في قيمة الولد وفاء قلنا لا نسلم
لا يجبر بل هذا لا يرد نقضا ويخرج الثانية الرواية الثانية وانه لا يجبر وفي ظاهر الرواية
ما ذكر في الكتاب بقوله ان الولادة ليست بسبب لموت الام غالبا ولما كان ذلك لم يتحد
سبب النقصان والزيادة في شيء واحد وكذلك لا يجبر وكلامنا فيما اذا اتحد سبب الزيادة
والنقصان كما قلنا ان زوال البيع وحصول الثمن بسبب واحد وهو البيع واما ها هنا لما لم
يكن الموت بسببه اجزاء الولادة فلم يجبر ما انتقص بالموت بل زاد بالولادة ذكر في المبسوط
وان ماتت الام وبالولد وفاء في هذه المسالة ثلاث روايات يروى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى
انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد
وروي انه يجبر بالولد قبل نقصان الولادة ويضمن ما زاد ذلك على قيمة الام لان الولادة لا
توجب النقصان الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولو رد
عين الجارية وكان النقصان منجبرا وكذلك اذا رد قيمتها وفي ظاهر الرواية قيمتها يوم
الغصب كاملة لانه لما تبين ان الولادة كانت موتا في اصله كالجرح اذا اتصل به
[illegible] الذبح يكون قتلا من اصله الا ان يكون جرحا ثم قتلا ما عليه ومن حيث ان
الولادة موت لا يكون موجبة للزيادة وهذا حكم اتحاد السبب كاتحاد المحل وهنا لا يتصور
ان يكون الحادث خلفا عن الفائت لبعض الاصل كالسمن اذا كان الفائت جميع الاصل
فكذلك ها هنا بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خلفا عن الفائت اذا كان الفائت بعض
الاصل لا اذا كان الفائت كله لان الحادث تبع والتبع بعضه قيام المتبوع والخصي والاولى
ان يقال والخصي لا يعد زيادة لانه عرض الفسقة حتى انه لو غصب عبدا خصيا فهلك في
يده يضمن قيمته غير خصي على ما يجيء في اخر كتاب الغصب من الكتاب والذي يؤيد هذا ما ذكره
في التتمة وقاضي خان رحمه الله رجل غصب غلاما قيمته خمسمائة وخصاه فلما برئ صارت
قيمته الفا فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه خمسمائة يوم خصاه وان شاء اخذ الغلام ولا شيء
له لعلمه هذا انه لا اعتبار بزيادة قيمته بسبب الخصاء لانه لو كانت له قيمة اعتبار لوجب
على المالك قيمة ما زاد على الخصا منه اذا اختار الاخذ كما في غصب الثوب وصبغه احمر
فان قلت في هذا كله لم يخرج جواب الخصم فان للخصم ان يقول الولد ملك مالك الجارية
فلا يكون ملك نفسه جابرا لملكه والنقصان حصل في ضمان الغاصب فوجب عليه ضمان
الغاصب فلا ينوب ما حصل من الزيادة في ملك المالك مناب الضمان الواجب على الغاصب
للمغصوب منه ونقول انه لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي الولد مالكا للمولى
عند ارتفاع نقصان الولادة اما بازدياد قيمتها او بضمان الغاصب كما في سائر الابدال
حيث لا يجتمع البدل مع المبدل في ملك واحد لذلك نقول يعني انه لا يقوم الولد مقام الجزء التالف
بالولادة لان الولد امانة في يده لان زفر رحمه الله يساعدنا في ذلك والفائت مضمون
فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون الا ترى انه لو دخلها عيب اخر في يده وفي قيمة
الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان **قلت** انا

الجواب عن الاول فهو خروج مطلق التعليل في الكتاب بقوله واما ان سبب الولادة والنقصان واحد الى ان قال وعند ذلك لا يعد نقصانا فلما لا يعد نقصانا لم يثبت على الغاصب ضمان من النقصان مع انه لم يثبت النقصان في المغصوب فكان ذلك من المصنف منعا للنقصان الموجب للضمان بحسب الوجود فهو لم قالوا لم ملكه فلا يصلح جابرا لملكه والدليل على ما ذكرنا في الايضاح بقوله حيث قال فهو لم قلنا بان ملكه لا يجبر ملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا يحتاج الى الجبر وذكر في المبسوط بعد ما ذكران الخلف على الذي يقوم مقامه عند فواته كما في الثمن يجعل الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان قالوا وهذا اظهر الجواب عن كلامه يعني ان ملكه كيف يكون جابرا لملكه فانا لا نجعل الغاصب موديا للضمان برد الولد ولكن نبرئه بانعدام سبب الضمان كما في رد عين المغصوب كما كان بعد دخوله في ضمان الغاصب حتى يبرا الغاصب عن الضمان بالرد فانما ينعدم سبب الضمان ورد ملك المغصوب فيكون المردود مثله نعتمد على هذا المعنى اما الجواب عن قوله بان الولد لو كان بدلا عن النقصان لما بقي الولد مملوكا للمولى عند ارتفاع النقصان فما ذكره في الاسرار وجوابه قال قلنا ان الولد لا يبقى بدلا اذا ارتفع نقصان الولد بزيادة قد تهيا يكون هو الزيادة خلفا عن الموجود عن ما فات اولا وجاز اثبات البدلية بالذات دون الملك الا ترى ان التراب يكون بدلا عن الماء وان كان التراب ملكه والماء ملكه لانه ليس بدل ملكه بل طهر عن الحدث فلما جازت الخلافة هناك في الطهورية دون الملك فلذا جازت ههنا الخلافة في قيام ذات مقام لانعدام النقصان عن الام لا الملك واما الجواب عن قوله لم لا يكون الامانة خلفا عن المضمون فما ذكرنا من التعليل المذكور في المبسوط بقوله انا لا نجعل الغاصب موديا للضمان برد الولد ولكن نبرئه بانعدام سبب الضمان من الاصل فلما كان هذا موجبا الابراء من الاصل لم يرد منه ما قالوا ان الامانة لا تصلح ان تكون خلفا عن المضمون على ان الامانة تصلح خلفا عن المضمون في صورة الثمن بعد الهلاك في يد الغاصب بالاتفاق لاتحاد المحل فكذلك تصلح الامانة خلفا عن المضمون فيما نحن فيه لاتحاد السبب وكذلك قيمة الولد لا تصلح جابرا النقصان في الجارية لسبب غيبة احترزوا لا بعدم اتحاد السبب ونحن انما نشترط جبر النقصان بالزيادة اذا كان سببها واحدا كالولادة الموثرة للزيادة والنقصان في صورة النزاع وكما في البيع مثل القيمة بالاجماع وليس النقصان السبب احرا اتحاد السبب فلا يقع الولد جابرا له هذا كله مما اشار اليه في المبسوط والاسرار ومن غصب جارية فزنا بها ثم ردها فحبلت ولفظ الجامع الصغير للامام السرخسي رحمه الله في الرجل يغصب الامة فيزني بها فتحبل ثم يردها فتلد وتموت في نفاسها ولفظ الامام المحبوبي رحمه الله رجل غصب جارية فزنا بها فحبلت ثم ردها فهلكت بالولادة ولفظ الامام قاضي خان رحمه الله رجل غصب جارية فزنى بها فحبلت فردها فماتت في نفاسها فعلم بهذه الكتب ان الحبل كان موجودا وقت الرد ثم قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في اثر الولادة وقوله يضمن قيمتها يوم علقت الى ان قال وما لا يضمن في الامة ايضا وفي الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن نقصان الحبل ولا يضمن نقصان القيمة لمعنى في زنا الامة فان قلت لم يذكر في الكتاب ولا في شروح الجامع الصغير المبدا وله حكم الحد ههنا ولا يمكن ان يقال يحتمل ان لا يجب الحد في اذا زنا بامة غصبها لدخولها في ضمانه لانه صرح في واسط غصب المبسوط وفي تعليل مسالة رجل غصب من رجل جارية فوطئها فولدت فان وطي الجارية المغصوبة دون العقد ولا يمكن ايضا ان يقال لا يجب الحد ههنا مع ضمان قيمتها لانه حينئذ يكون جمعا بين الحد والضمان بسبب فعل واحد فعندنا لا يجب الحد مع الضمان في الزنا كما لا يجب القطع في السرقة كما ذكرنا في كتاب الاكراه من المبسوط في مسالة اكراه السلطان على الزنا بان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا وكذلك في الامة لا يجتمع الحد مع الضمان فانه لما ضمن قيمتها

٧

اجيب الحد لانه نص في الفصل الثاني من كتاب الحدود من الحدود من الايضاح واذا غصب رجل جارية ثم زنا بها ثم ماتت وضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا لان ضمان الغصب يفيد الملك في المضمون من وقت الغصب فظهر انما استوفى كان من ملك نفسه فلا يجب الحد اما لو زنى بها ثم غصبها بعد ذلك وضمن قيمتها فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد لا يسقط الحد وعلى قياس قول ابي يوسف رحمه الله كان كذلك لا يمكن اجرا حكم هذه المسالة على احد هذين الوجهين المذكورين الدين داراتين السلب والايجاب فاحكم هذه المسالة وحق الحديثين متاخرا متصاحبا الخبز يزنه قلت ما اوردت بعارض بعض هذه المسائل لكن لولا وجود الغصب في هذه المسالة لقلنا بوجوب الحد وضمان القيمة كما في مسالة من زنا بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة بمعناه قتلها بفعل الزنا كما مر في باب الوطي الذي يوجب الحد من كتاب الحدود ولكن اعتراض الغصب بمعنى من الالحاق بها فقلنا انه لا يجب الحد كما في مسالة الوجرة لما ان ضمان الغصب اوجب الملك دون ضمان الجناية وهذا الحكم والمعنى صرح الامام المرغيناني رحمه الله في جامع الصغير فقال ولو زنا بجارية ثم قتلها يحد عندهم لانه لا يملكها بالضمان حتى يصير شبهة بخلاف ما لو غصب جارية فزنى بها فقتلها ثم ضمن القيمة لم يحد لان ضمان الغصب يوجب الملك ثم قال لو غصب امة فزنا بها فماتت قال محمد رحمه الله الاصح انه يجب القيمة ولا يجب الحد فعلم بها ان وجوب ضمان الجناية مع وجوب الحد يجتمعان واما وجوب ضمان الغصب مع وجوب الحد لا يجتمعان ويدل على هذا ما ذكره الامام المحقق شمس الائمة السرخسي رحمه الله في حدود المبسوط بقوله رجل زنا بامراة مستكرهة فافضاها عليه الزنا فان كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية لجراحة الجائفة فان ارش الجائفة معتبر بارش الامة فلذلك الدية وان كانت لا تستمسك البول فعليه كمال الدية لانه افسد عليها عضوا لا ثاني له في البدن وهو ما تستمسك به البول فعليه كمال الدية ثم قال واجب بالجناية بدل المستوفى بالوطي والمستوفى بما يملك بالنكاح والافضاء لا يكون مستحقا بالنكاح لما ان الرد قد صح والمالك لعدم نسبت حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب وهذا لان موت الحامل يكون بسبب الولادة لكبر الولد وضيق المخرج وهذا ينقل الهلاك الى الحيوان وفي النسوان قد يوجد لذا ذكره صدر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير فلا يضمن الغاصب الا قيمتها ولكن نضمن النقصان ولذا في الزنا لا نضمن القيمة ولكن نضمن النقصان وكذا في مسالة الزنا لا يرجع على البائع بالثمن ولكن يرجع بنقصان الحبل كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله وذكر الامام المحبوبي لا ترى ان من باع جارية حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عند المشتري ثم ماتت في نفاسها لا يرجع المشتري على البائع بالثمن لان الحادث من فعل الغاصب ليس الا العلوق والعلوق لا يفضي الى الهلاك وانما يفضي الى الهلاك الولادة والالام التي تتصل بها وحصول الولادة في يد المالك فلا يكون مضافا الى العلوق فلم يصح الرد لان الرد انما يصح اذا كان مثل الاخذ من جميع الوجوه ولم يكن ذلك لان الاخذ وجد وهي فارغة ليس فيها ما يحتمل ان يفضي الى التلف فاذا تحقق التلف من ذلك الوجه ظهر ان الرد لم يصح كما اذا احدث في يد الغاصب بخلاف الحرة بان كانت مكرهة على الزنا لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا تضمن ولانه ايضا غير واجب واذا لم يجب الرد كيف يوصف العدم بالرد ولو ماتت فتضمن بالغصب فتضمن ايضا باعتبار عند اسباب التلف في يد الغاصب فاقتصر قياس هذا الوجه ذكر في فصل الزنا وهذا جواب عن قولنا ومن اشترى جارية قد حبلت عند البائع الى اخره ويفرق بهذا بين الرد والتسليم وبعقول ليس على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه يسلم المبيع اشد اكراما وقع عليه العقد وبموافقته حال مفقود وقد وجد ذلك لانه سلمه كما وقع عليه العقد وموتها في النفاس لا يعدم التسليم والرد ولا يمنع صحة القبض والتسليم واما ههنا فالواجب على الغاصب فسخ وذلك انما يتحقق في الرد كما قبض وحين ماتت في النفاس فقد تبين انه ما

بسبب فعله الذي هو الغصب باليد وما لم يوجد الرد وجب عليه قيمتها بالهلاك من ذلك
الوجه وهذا ذكرناه اي وحاصل ما ذكرناه وهو ان يردها كما غصب سالمة عن الحبل واما
اذا لم يرد فلما حاصل لان عين هذا اللفظ غير مذكور لانه ضمنه شرط صحة الرد والشروط لا تتغير
بدون الشرط فكان الرد غير موجود فيضمن قيمتها لذلك والزنا سبب الجلد لو لم جواب لقرها
اذا ادبت في يد من يردها لحكمت فهلكت حيث لا يضمن الغاصب القيمة فيقول في جوابه الزنا
الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجلد الجارح ولا المتلف والما جلدت
في يد المالك جلدا مؤلما لو كان هذا غرما او جنبة في يد الغاصب لذلك ولم يوجد السبب اي
سبب التلف او الجرح في يد الغاصب لم يوجد بعد ولو وجد الجلد المتلف في يد الغاصب
المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمنه الغاصب وكذلك الجواب في مسألة
الحمى فان الهلاك قد حصل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل
بالحمى الاولى التي كانت عند الغاصب فان ذلك غير موجب لما بعده فلذلك لم يضمن الغاصب
قيمتها لحصول الهلاك بسبب آخر غير الاول في يد المالك هذا كله من شروح الجامع الصغير
للامام قاضي خان والمحبوبي وغيرهما ومما يتصل بهذا ما ذكره الامام التمرتاشي في المسألة
التي هي الخاتمة النهاية فقال في باب مسائل متفرقة من كتاب الجامع الصغير فقال رجل
جامع امرأة فماتت منه او افضاها لم يضمن وقال ابو يوسف يضمن الجماع على وجه
السلف كالرمي الى صيد ولهما ان الجماع لحل لها فيقتضي بمهرها ويؤكد حقها في المهر فكان عملا
لحملها بخلاف الرمي ولو اكرهت لحدها وابدها من الوطي وذهبت عينها فادرس ذلك
في حاله في قولهم ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الى قوله وقال الشافعي رحمه الله
يضمنها وهذه المسألة مبنية على اصلين مختلف فيهما بيننا وبينه احدهما ان المنافع
زوائد تحدث في العين شيئا فشيئا وقد بينا ان زوائد المغصوب لا تكون مضمونة على الغاصب
عندنا وتكون مضمونة عند الشافعي رحمه الله فلذلك المنفعة والثاني ان الغصب
الموجب للضمان عنده يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا
لا يتحقق الا بيد مضمونة كيد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع لانها لا تبقى وقتين فلا تتصور
ان تكون في يد المالك ثم تنتقلها الى يد الغاصب حتى لا يكون يد الغاصب مفوتة ليد
المالك فلذلك لا تضمن المنافع بالغصب عندنا واما الاتلاف فيقول عند المنافع لا تضمن
الاتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعي رحمه الله تضمن ومنفعة المال ومنفعة
الحر في ذلك سواء حتى لو استأجر او استعمل عبدا تضمن اجرة مثله وعندنا بامره ويوقف
على ما صنع ولكنه لا تضمن شيئا كذا في المبسوط ولا فرق في المذهب اي في مذهبنا لعدم
الضمان وفي مذهب الشافعي رحمه الله بالضمان بينهما اذا عطلها او سكنها اي في حق
الحكم وهو عدم الضمان عندنا والضمان عنده ولكنه فلا يفرق بينهما فيقال التعطيل
غصب المنافع والسكنى والركوب وغيرهما من الاستعمال اتلاف المنافع وقد نص في
الاسرار بقوله المنافع لا تضمن بالاتلاف وقال الشافعي رحمه الله تضمن ثم قال واتلاف
المنافع في الانتفاع بالعين وبيع العرف بينهما وحق الحكم عند الشافعي رحمه الله ايضا
في حق الحر فانه اذا غصبه وامسكه زمانا او اوقعه لم يضمن منافعه لان الحر لا يثبت
يد نفسه ومنافعه تلفت معه فلم تضمن لعدم اثبات يد الغاصب كما لا يضمن نفسه
اذا اتلفت واما اذا استخدمه فاتلف عليه ضمن بخلاف العبد فانه يصير في يد الغاصب
مضمونا مغصوبا فكذلك المنفعة منه منزلة ولها المضمونة وسائر الزوائد تضمن بناء
على الوجهين عنده في العبد له ان المنافع اموال متقومة وذلك ان المال اسم لما هو مخلوق
لاقامة مصالحنا ما هو غيرنا والمنافع منا او من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالية
الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها وقد يستأجر المراحل ويرام
متفرقا فالاعتياد الربح كما اشترى جملة وبيع متفرقا حتى يضمن سواء كان العقد صحيحا او فاسدا

وانا نقول ويضمن بالعقد ما هو متقوم وحجتنا في ذلك حديث عمر رضي الله عنه فانهما حكما في
ولد المغرور انه حر بالقيمة واوجبنا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة
مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعي بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما
السكوت عن بيانه وضمان العقر منها لا يكون ثابتا بالقيمة لان المستوفى بالوطي في حكم
جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة كذا في المبسوط ولا يقال ان اتلاف
المنفعة لا يتصور فلا يجب الضمان وذلك انه لو تصور انما يتصور قبل وجود المنفعة او مقارنا
الوجود او بعد الوجود ولا وجه للاول لانها معدومة والمعدوم غير قابل للاتلاف ولا وجه
الثاني لان الاتلاف اذا طرأ على الموجود بطل الوجود واذا قارن الوجود يمنع من الوجود فلا
اتلاف على الموجود ولا وجه للثالث لانها اذا وجدت فنيت فكان بعد الوجود زمان الفناء
وزمان الفناء زمان العدم والاتلاف الشيء زمان لا يتصور لما قلنا ان الاتلاف على المعدوم
لا يرد ولان الاتلاف قطع البقاء واخراجه من ان يكون منتفعا به بحيث لولاه يبقى منتفعا
به ظاهرا وقطع البقاء في ما لا يحتمل البقاء لا يتصور فلا يجب الضمان **فان قيل** اتلافها
بعد الوجود لكن فناؤها بعد الوجود لا يمنع اضافة البقاء الى فعله اذا حصل عقيب فعله
كما اذا اشترى القريب عندكم اعتاق وهو كما اشترى عتق ومع ذلك يضاف عتقه
الى المشتري لوجود عقيب فعله وكذلك المقتول ميت باجله ولكن اضيف موته للقاتل
حتى وجب جزاؤه لوجود عقيب فعله **قلنا** كيف يتصور اتلافها وهي كما وجدت فنيت
واما الثاني لا يتصور واما الذي يضاف الى فعله مما ذكرت فلما انما يضاف الى فعله
اذا حصل عقيب فعله ان لو كان ظاهرا ان يبقى اذا لم يتصل فعله به اما المنفعة بعد
تفنى لا محالة فلا يمكن اضافة فنائها الى فعله لان فعله اتلاف والاتلاف الشيء بعد فنائه
لا يصح كذا في طريقة بعض المشايخ رحمهم الله **قوله** رحمه الله ولنا انها حصلت
على ملك الغاصب لانها حدثت بفعله وفعل كسبه والكسب علة لثبوت الملك في المكسوب
للكاسب وله ان المنفعة عبارة عن المدح والراحة مع دفع الحر والبرد وغيرهما يحصل بالانتفاع
والانتفاع حصل بفعله وكسبه فكانت المنفعة ملكا له وقوله بعدها في ملكه اي
تصرفه وقدرته على وجه صرفها الى حاجته دون غيره ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها
اي الاعيان خير من المنافع لسرعة فناء المنافع وبقاء الاعيان والمماثلة مشروعة في الاعيان
قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلذلك لا تضمن بالاعيان التي هي الدراهم
والدنانير الا ان يكون المماثلة بين المنفعة والمنفعة اظهر من المماثلة بين العين والمنفعة
ومع ذلك لم تضمن المنفعة بالمنفعة حتى ان الحجر في خان واحد على بعض واحد لا يكون منفعة
احدهما مثلا لمنفعة الاخرى عند الاتلاف فلان لا تضمن المنفعة بالعين مع ظهور زيادة
عدم المماثلة بينهما اولى **فان قيل** يشكل بما ذكر من عدم المماثلة بين الاعيان والمنافع
بسبب سرعة فناء المنافع وبقاء الاعيان مسألتان احدهما انه من اتلف ما يسرع اليه الفساد
يضمنه بالدراهم التي تبقى ولا تفسد فعلم بهذا الاعتبار لعدم المماثلة بينهما من حيث الفناء والبقاء
والثانية ان الوصي ليستأجر لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم يجوز ولو كان بينهما
تفاوت من هذا الوجه الذي ذكرت لما جاز اذ هو منهي عن قربان مال اليتيم الا بالوجه
الاحسن **قلنا** اما الاولى فان التساوي بين المالين انما يعتبر حال اقامة
احدهما مقام الاخر دون التفاوت في البقاء والمقصود مجرد البقاء الا ان يكون بعد
هذا في كل وجه لان البقاء بعد الاقامة ليس من موجب الغصب والعدوان وحال
الوقوع هما جميعا لا يبقيان زمانين واكثر وجوهرا ان قائمان بانفسهما فبقاؤهما في زمن
بعد الوقوع في البقاء ليس من الغصب فكان هذا في حق ضمانه كالتفاوت بين المبيع والثمن
من حيث عين المبيع العبد بالعبد وبينهما تفاوت وفي الغصب يمنع عن هذا انعلم بهذا ان القليل
من التفاوت الذي لا يعتبر عيبا في التجارات لا يحجر الوصي عنه والتفاوت الذي من الجوهر

والعرض لا تعدم عند الاسواق وهذا لان ضمان العقود في الاصل بني على التراضي لا على المساواة
والارباح انما تحصل عند التفاوت والشرط في الوصي سوا لا تحجر في حال الصبي مما لا يتفاوت
عند الاسواق ولا المماثلة من كل وجه واما ضمان العدوان فمبني على المثل في اصله فما
لم يوجد هذا الوصف بعينه لم يمكن من موجب الغصب الى هذا اشار في الاسرار ولئن
لو قال الخصم ان المنافع اموال حقيقة وحكما اما حقيقة فلما ذكرنا ان المال اسم لما خلق لمصالحنا
من جملة ما في العالم سوانا والمنافع سوانا وهي مخلوقة لمصالحنا فكانت مالا واما الحكم
فمسايل وهي ان ملك التجارة باذن كالعبد الماذون والوصي والاب يملك الاجارة واسم
التجارة يقع على مبادلة المال بالمال وكذلك المذهب عندكم ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة
بدلا عن ما هو مال كالبياعات ويثبت بدلا عن ما ليس بمال كالمهر والدية ثم لا يثبت بدلا عن
المنفعة علم ان المنفعة حكم المال وكذلك المنافع تصلح مهرا والمهر لا يصلح الا اموالا لقوله
تعالى ان تبتغوا باموالكم وكذا الاجماع ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا بالعقد
صحيحا كان او فاسدا اعلم ان المنفعة متقومة لما ان الاعتياض عن ما ليس بمتقوم من نحو
الخمر وحبة السمسم لا يجوز وكذلك القضاء بالعقر عند الوطي بشبهة دليل على وجوب
الاجر عند اتلاف المنافع في الاحوال كلها لان المتلف هاهنا منافع ولان المماثلة ليست
بشروط من كل وجه في باب العدوان ايضا الا ترى ان من اتلف ما لا مثل له من الاموال
فانه يضمن القيمة ويضمن المتلف والقيمة نوع تفاوت وكذلك ان اعمى انسانا خطا ضمن
الدية والاستدلال بوجهين احدهما ان العين وصف وما ضمنه موصوف والثاني
انه لا مساواة بين العين والدية في المالية فعلم انه لا يشترط المساواة من كل وجه
في باب العدوان ايضا ولان التفاوت لو كان ثابتا من حيث ان الدراهم عين والمنافع
عرض ولكن سقط اعتبار هذا التفاوت ومراعاة جانب المطلوم اولى من مراعاة جانب
الظالم مع ان هذا التفاوت بزيادة وصف فلو لم يعتبر سقط به حق التلف عن الصفة
ولو اعتبرناه سقط به حق المتلف عليه عن اصل المالية واذا لم يكن بد من اهدار احدهما
فاهدار الصفة من الظالم اولى من اهدار الاصل في حق المظلوم فكان اولوية
رعاية جانب المظلوم بطريقين فيجب مراعاة جانبه فاجاب عن هذا المجموع امتنا
قوله اموال حقيقة قلت لا نسلم وذلك لان سبط مالية التي انا سبق بالتمول
من المتمول وادخاره لوقت الحاجة عن الانتفاع بالابلاء ولان الاكل والشرب لا تسمى
عوضا ولكن اعراض عن ما يخرج من حين العدم الى حين الوجود يتلاشى فلا يتصور فيه التمول
ولهذا لا يتمول في حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا اعان انسانا باسرته او اعانه
شيئا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث ولذلك قالوا من كان له نصاب
زكوة من مال التجارة استاجر دارا للتجارة بطل الحول كما لو تزوج به امراة او اشترى
به مالا للبدلة وكان للمنافع حكم المال حقيقة لما انقطع بها النصاب اذا اراد بها
التجارة ولئن سلمنا ان لها حكم المال ولكن ليس لها صفة التقوم لان التقوم لا يسبق
الوجود وان المعدوم لا يوصف بانه متقوم اذ المعدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم
لا يسبق الاحراز لان التقوم انما يكون بعد الاحراز وان كان الاحراز بعد الوجود
لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا يكون متقوما عند هذا قلنا ان الاتلاف لا يتصور
في المنفعة لان محل الاتلاف لا يحل المعدوم وبعد المعدوم لا يبقى ليحل فعل الاتلاف
واثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز فعلم بهذا انها لو جعلت اموالا ايضا لا يتحقق
فيه صورة المسالة التي تنازعنا فيها وهي اتلاف المنافع فلا يترتب على مباشرة حكم اتلاف
الاموال ثم انما يكون للمنفعة في العقد حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان
ذلك باعتبار اقامة العين لا تقوم بها مقام المنفعة لاجل الحاجة والضرورة ولا يتحقق
مثل هذه الحاجة في العدوان وتبقى الحقيقة معتبرة واما ما ذكر من مسايل العقود من قوله

ان

ان من ملك التجارة باذن كالعبد الماذون او الوصي او الاب يملك الاجارة بعد قلنا مره
ان التفاوت القليل الذي لا يعتبر عينا في التجارات لا يحجر الوصي وعن عن التجارة في مثله
والتفاوت الذي بين الجوهر والعرض لا يعد عيبا في الاسواق واما قوله فالحيوان
لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن المنفعة لا باعتبار ان المنفعة حكم المال بل لان المنفعة
المعقود عليها في الاجارة وهي غير مملوكة للمستاجر في الحال لانها معدومة ثم لو صح
الربا لم يكن لذلك وقد ذكرناه في اول الاجارة واما قوله والمنافع تصلح مهرا فالمهر
مال بالنص قلنا لا نسلم ان تصح المنافع مطلقا للمهر وذلك لان عبدا لو تزوج لم يصح المهر
منفعة العبد وهي الخدمة بامر المولى واستخدامه تضمن منافيه الدنية ورقبته مال
واما لو تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القران فلا يصح ذلك مهرا عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله لما ان المنافع ليست بمال على ما ذكرناه في النكاح واما اعتياض
المال على المنفعة صحيح شرعا لان ضمان العقد امر مشروع وفي المشروع لعتبر الوضع والامكان
ولذلك يجب الضمان هناك باعتبار التراضي فاسدا كان العقد او جائزا فسقط اعتبار التفاوت
الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان الاتلاف العقد فاما الاتلاف فمحظور غير
مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاب الزيادة على هذا المتلف بسبب الاتلاف
واما مسالة العقر فقد قلنا ان المستوفي بالوطي في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند
الشبهة بخلاف المنفعة واما قوله ان من اتلف ما لا مثل له من الاموال يضمن القيمة
قلنا ان الواجب بالاتلاف مثله قيمة بلا تفاوت بالنص والاموال بعضها مثل بعض
من حيث المالية وان كانت من حيث الصورة فاوجبنا ما يكون مساواة بين العين والمنفعة
من حيث المالية ايضا فلم يوجب لذلك واما الجواب عن اعمال العين قلنا العين نفسها
جوهر قائم بنفسه فكان وجوب الارش او الدية بمقابلة العين لا بمقابلة المنفعة واما
قوله لا مساواة بين العين والدية في المالية قلنا كان القياس ان لا تجب الدية وانما
وجبت شرعا بخلاف القياس على ما نجي ان شاء الله تعالى فلا يقاس عليه غيره واما الجواب
عن قوله فرعاية جانب المظلوم اولى من رعاية جانب الظالم لوجهين قلنا قد اوجب
على الظالم الذي هو الغاصب التعزير والحبس للزجر عن الغصب واما وجوب الضمان
فالعدوان وتقدر بالمثل بالنص فلا يجوز الزيادة عليه وان كان ظالما لم يسقط منه
تمام حرمة ماله فكان ما قلنا اولى لوجهين احدهما ان حق المتلف عليه لا يهدر بل
يتاخر الى الاخرة وذلك تاخير فلا يكون علينا وباله ولو اوجبنا عوضا زائدا كان اهدارا
منا فيكون وباله علينا فلا يحل لنا تعدي حد الشرع ولان الزيادة جور لا يحل بحال الا انه
هو ولان الزيادة جور وانها لا تحل بحال ولا يجوز ان يجب شرعا واما سقوط ضمان الحقوق
في الدنيا فجائز شرعا وحاصله ان حق المظلوم فيما قلنا لا يهدر بل يتاخر الى الاخرة ولو
اوجبنا الزيادة صار ذلك الزيادة هدرا في حق المتلف فيبطل حقه عنه اصلا فكان
ما قلنا من اعتبار المماثلة والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة اعدل من هذا
الوجه هذا كله من المبسوط والاسرار وغيرهما قال بعد مسالة فتح الثور المسجور لانسان
حتى يرد عليه فيه للحطب على ما ذكرنا قيل هذا في مسالة صنع الثوب المغصوب بمنزلة
غصب المنافع غير مضمونة ولكن هو ليس من قبيل ذلك لان غصب المنافع عبارة عن
تعطيل العين مع بقاء العين لتلك المنفعة كالركوب على الدابة واما هاهنا فقد اتلف
ما هو المقصود فصار هذا بمنزلة استهلاك العين من يستحسن حيث لم يبق الثور صالحا
لذلك المقصود فصار هذا بمنزلة استهلاك العين فلذلك يضمن الحطب **فصل**
في غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحده الذي
ذكرنا انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضه ان يصير متقوما
اما باعتبار ديانة المغصوب منه انه متقوم او بتغييره في نفسه الى التقوم **قوله** رحمه

الله وعلى الخلاف اذا اتلفها ذمي فحاصل الانقسام في هذه المسألة على اربعة اوجه
وهي اتلاف المسلم خمر المسلم والذمي خمر الذمي والمسلم خمر الذمي والذمي خمر المسلم ففي الاول
لا ضمان على المتلف وفي الاخريين الضمان على المتلف عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فانه
عنده لا ضمان في اتلاف الخمر في جميع الصور اما عدم الضمان في اتلاف المسلم خمر المسلم فظاهر
لانه دال لنا على ان لا تقوم للخمر والضمان يتبع التقويم واما في اتلاف الذمي فليس على المتلف
الضمان وان كان يعتقد كما ان الضمان حق المتلف عليه واعتقاده على عدم التقويم كان
بمنزلة الابراء للمتلف عن الضمان وذكر في المبسوط وحجتنا في ذلك قول عمر رضي الله عنه
حين سأل عن عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا
ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها
وامر باخذ العشر من الثمن ونحن امرنا بتركهم وما يدينون **فان قلت** يشكل على هذا اذا
مات المجوسي عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا مع ان اعتقادهم في هذا
النكاح صحيح وكما صح النكاح ترث المرأة على زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع وههنا
لا مانع في اعتقادهم نحو لم نتركهم وهذا وما يدينون قلت الملازمة فيه غير ثابتة في
جميع الصور لانه ليس من ضرورة صحة النكاح استحقاق الميراث الا ترى ان الوارث ممنوع بالرق
واختلاف الدين مع صحة النكاح مع ان اهل الذمة لا يتوارثون بانكحة المحارم فلذلك لا تستحق
بالزوجية هناك واما الضمان مع استهلاك المتقوم فمتلازمان في جميع وهم اعتقدوا تقوم
الخمر فكان علينا ان نتركهم ونوجب الضمان لذلك ثم تركنا اياهم وما يدينون بل توسعة
الامر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجهل وتمهيد للعقوبة الاخرة وتحقيق لقول
النبي عليه الصلوة والسلام الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر وبهذا تبين فساد ما قال
ان اعتقاده ما يكون حجة على المتلف لانا نوجب الضمان بالاتلاف لا يكون المحل مالا متقوما
ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف ان لا يكون المحل مالا متقوما لما ثبت ثم انا لما منعنا بعقد
الذمة عن ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز لهم تم بهذا
الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف ينبني على ذلك فكان هذا من ضرورة ما صنعناه في عقد الذمة
الى هذا اشار في غصب المبسوط ونكاحه واذا ثبت التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم
فيضمنه **فان قلت** ما الفرق بينما اتلف خمر الذمي والمتلف ايضا ذمي ثم اسلم
فلا يجب عليه شيء لا عين الخمر ولا قيمتها على قول ابي يوسف رحمه الله وهي رواية عن ابي حنيفة
والرواية في المبسوط الدليل يقتضي وجوب القيمة عليه بالطريق الاول هنالك لان الاسلام
المقارن في المتلف لما لم يمنع ضمان قيمة الخمر لان لا يمنع عنه الاسلام الطارئ في الطريق الاولى
قلت يجي جوابه بعيد هذا ملفوف القناع سيتبين النطاع سوق الطباع ثم ما سلك
به ونضم اليه خلاف الميتة حيث لا يجب على متلفها ضمان ثم هنا الحكم في الميتة هي الميتة
التي ماتت حتف انفها واما الجواب في موقوذة المجوسي الصحيح ان المسلم يضمنها بالغصب والاتلاف
وهو قول ابي يوسف وقد روي عن محمد رحمه الله انه لا يضمنها كالميتة والدم لانها ليست
بمال متقوم في اعتقاد اهل الذمة وقد امرنا ان نبني احكام المجوسي على احكام اهل الكتاب كما قال
النبي عليه الصلوة والسلام سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب الا ان هذا ضعيف فان في حكم الاكل
اعتبرنا اعتقاد اهل الكتاب كذا في المبسوط وان كان اي الخمر عليها وثل الغراب وان هذا الموصول
مع ان الخمر من ذوات الامثال عند من جعلها متقومة يجب على المسلم قيمتها لكونه مامورا بالاجتناب
منها وان مستها وقوله ما حرف متعلق بها يعوله بان المسلم ممنوع من تمليكه اي اذا
جرت المبايعة في الخمر بين ذميين ووجد استهلاك الخمر فيما بينهما يجب مثل الخمر لا قيمتها وذكر
في المبسوط ولو غصب نصراني من نصراني خمرا فاستهلكها فعليه مثلها لان الخمر من ذوات الامثال
والمصير الى القيمة في ذوات الامثال عند العجز عن اداء المثل وذلك في حق المسلم دون النصراني
لانه قادر على تمليك الخمر من غيره بعوض ولهذا جازت المبايعة في الخمر بينهم فان اسلم الطالب بعد
ما

ما يقضي له بمثلها فلا شيء له على المستهلك لان الخمر في حق المسلم ليست بمال متقوم وكان باسلامه
للمستهلك عن ما كان في ذمته من الخمر ولذلك لو اسلما لان في اسلامهما اسلام الطالب
ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم الطالب فعلى قول ابي يوسف وهو رواية
عن ابي حنيفة رضي الله عنهما فالجواب كذلك انه لا شيء للطالب على المستهلك من الضمان
وفي قول محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يوجبه قول محمد رحمه الله ظاهر
وهو ان الاسلام الطارئ بعد ما تقرر سبب الضمان يجعل كالمقارن للسبب ثم لو اقترن
اسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة فلذلك الطارئ بخلاف
اسلام الطالب وذلك ان خمر الذمي يجوز ان يكون مضمونة في يد المسلم فلذلك يجوز ان
يكون مضمونة في يد المسلم واما ابو يوسف رحمه الله فيقول بعد ما قبض الخمر المستحق في الذمة
بسبب الاسلام فلا يجب القيمة وتحقيقه انه لما وجب الخمر بالسبب دينا في الذمة لا يكون
ايجاب القيمة باعتبار اصل السبب ولم يمكن ايضا ايجاب القيمة عوضا عن ما كان في الذمة
لان شرطها تمليك ما في الذمة بها اي تمليك الخمر الواجب في الذمة لمن عليه بمقابلة قيمة
التي يأخذها منه والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم لا يملك
الخمر بعوض فلانعدام الشرط تعذر ايجاب القيمة كما لو هشم قلب فضة انسان ثم تلف
المكسور في يد صاحب القلب ليس له ان يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين القيمة تمليك
المكسور وذلك فائت وبه فارق الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك باعتبار
اصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير
ان يكون موجبا للملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدبر لانه مستثنى عن عقودهم
اي لعدم الجواز وهو قوله عليه الصلوة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه
عهد هذا لان ذلك فسوق منهم في الاعتقاد والديانة وقد ثبت بالنص حرمة الربا واعتقاد
قال الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه كذا في المبسوط وبخلاف العبد المرتد معطوف
على خلاف الربا وكلاهما متعلقان بقوله لان هذا الذي غير ممنوع من تمليك الخمر يعني ان
الذي مر وكم مما هو عليه من اعتقاده من حل الخمر على ما ذكر قبل هذا وقد امرنا بان نتركهم
وما يدينون فلذلك اذا اتلف المسلم خمر الذمي يضمن فيردها على هذا الاصل اشكال وهو
ان استحلالهم الربا اعتقاد واما جاب عنه ثم درد العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه
لا يضمن الذمي وان كان الذمي يعتقد ان المرتد مال متقوم وانه محق في اعتقاده عند
نفسه ومع ذلك لم يصر اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على المتلف وهو المعترض عليه
للشافعي رحمه الله في مسألة الخمر فاجاب عنه بقوله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له اي
للعبد المرتد للذمي لما فيه اي لما فيه من ترك التعرض من الاستخفاف في الدين ولكن
يشكل على هذا التعليل مسألة من اتلف صليبا على نصراني فيضمنه صليبا وفي ترك
التعرض في حقه عبادة الصليب على اعتقادهم استخفاف للدين ومع ذلك قلنا بوجوب
قيمة الصليب عملا باعتقادهم لا بنفس المتقرر او غيره لك فاجاب عنه في الايضاح فقال
لان النصراني يعزر على ذلك ولذلك قوله وبخلاف رد الميتة فانه استغلق بقوله
نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني انما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه
بان اعتقادهم باطل من وجه حتى وجب الضمان على متلف خمرهم عملا باعتقادهم في
التقوم كذلك وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوا من حقيقة اجتهادهم
مع احتمالهم ذلك بالطريق الاولى فحينئذ يجب علينا ان نقول بوجوب ضمان من اتلف الشاة
الذبيحة بترك التسمية عامدا لان اعتقاد الشافعي رحمه الله واصحابه انها مال
متقوم فاجاب عنه بان في الاية الحاجة بالقيمة معهم لما كان الحاجة بالقيمة فقد ثبت لنا
بالنص القطعي ان ترك التسمية اي عمدا اذا كان ممن له ذبيحة وهو الشافعي رحمه الله
ومن تابعه المفرط في تحنين ورق المسلم يدلع به ومنه اديم تمر وط وبالفارسية

برمح والعفص وما دونها ما جز للجلد ويعطي ما زاد على الدباغ فيه على بنا الفاعل اي المالك يأخذ
ويعطي فان قيل ان لم يكن لجلد الميتة قيمة فماذا يعرف قيمة ما زاد على الصبغ منه قلنا
ان ينظر الى هذا الجلد لو كان ذكيا الى اجرته وهو المذكور في الكتاب قال المذكور في كتابه اما
يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ الجلد عن منزله فاما اذا القى صاحبه في الطريق فاخذه
وجعل جلده ودبغه فليس للمالك ان يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رحمه الله ان له ان يأخذه
في هذه الصورة ايضا كذا ذكره في الذخيرة وقيل لا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ
فيه على بنا الفاعل المعقول اي ويعطي الذي دبغه بعد ما استهلكه هذا محمول على جلد الحنس
ماضي وما اعطى على ما ذكر في الكتاب ولو هلك اي كل واحد من الجلد والجلد المدبوغ قوله
رحمه الله اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه الى اخره وقيل صورة الاستهلاك بالضمان وعدم
الضمان على ما اختلفوا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك من يده لا يضمن بالاجماع لان دليله
ظاهر وهو انه لو ضمن فاما ان ضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان
قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف
بالتعدي قوله رحمه الله كما لو غصب ثوبا وصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطي المالك
ما زاد الصبغ فيه وهذا لمعنيين احدهما ان الاستهلاك جناية في محل هو مال متقوم
ولم يوجد ذلك لما بقي الجلد على ملك صاحبه وبعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا
ان هناك السبب الاول هو الغصب وجوب الضمان ايضا فله ان يضمنه باي السببين شاء
وهاهنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فيضمن الضمين بالسبب الثاني
فكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للغاصب منه اي يضمن المستهلك ويعطي
الغاصب ما زاد الدباغ فيه والثاني انه لما بقي الجلد مضمونا بالرد عليه فانه اذا تعذر
عينه بالاستهلاك يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والعوض
للضمان بخلاف الهلاك فان التفريط لم يوجد هناك فلا يضمن كما في المستعار حيث يضمنه
بالاستهلاك وكذلك الوديعة التي لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك وحجة ابي حنيفة
رحمه الله وذلك هو ان المغصوب منه استفاد المالية والتقوم في هذا الجلد من الغاصب بدليل
استوجبه الغاصب عليه فلا يلزمه له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل
التسليم ويعول من وجهين احدهما ان الاستهلاك موجب للضمان عليه باعتبار ما زاد الدباغ
فيه وقد فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بصفة الصبغ بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يعتبر
ولا يرجع بدله والثاني انا انفصل بالجلد من الصفة هاهنا مال متقوم للغاصب حقيقة وحكما
وهو تابع من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقي بعده كذا هاهنا واما اصل
الجلد فلم يكن مالا متقوما قبل الاتصال واما صار مالا بالاتصال فيكون الغنم للدباغ واستهلاكه
فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الاصل هناك كان مالا قبل الاتصال ولما استوى
في صفة المالية رجحنا جانب الاصل واذا دبغه بشيء لا قيمة له فلو وصف هاهنا ليس ما له
لا قبل الاتصال ولا بعده والاصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الاصل لهذا كذا في المبسوط
كما في المستعار اي في المغصوب والعوان اي فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه
اي في الوجه الذي دبغه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك له اي مطلقا من غير خلاف
وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله اي يضمنه بقول ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما
فله ذلك لانه النقصين وكان القول الثاني غير الاول لان المقيد غير المطلق ثم قيل يضمنه قيمته
جلد مدبوغ اي على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغه بشيء له قيمة وقيل يضمن عندهما في استهلاكه
ولو استهلكه اي جلد الميتة الذي دبغه بشيء لا قيمة له يضمن قيمته مدبوغا وهذا بالاجماع وهذا
نص الذخيرة وغيرها فقال في الذخيرة واذا استهلكه الغاصب فان دبغه بشيء لا قيمة له يضمنه
في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا ملك للغاصب بكافة المالية والتقوم حقيقا
حقا للمالك فيضمن الاستهلاك وقيل طاهرا غير مدبوغ وفي المبسوط ومن اصحابنا رحمهم الله من

يقول

يقول يضمنه قيمته طاهرا غير مدبوغ لان صفة الدباغ حصلت بعمله فلا يوجب الضمان عليه
ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بعمله بل بتمييز الجلد من الرطوبة
النجسة والاصح على انه يضمنه قيمته مدبوغا لان صفة الدباغ هاهنا تبع للجلد وهي غير
ممكنة الفصل بوجوده عن الجلد وهذا لا يتقوم باعتبارها شيئا فاذا صار اصل الجلد مضمونا عليه
بالاستهلاك فلذلك لا ينفعه كالخمر اذا خللها وذكر في الايضاح والذخيرة بعد ما ذكره باعم
الغاصب جلد المذكاة والميتة فقال في القدوري لو ان الغاصب جعل هذا الجلد اديما او زقا
او دفترا او جرابا او فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى
بصنع الغاصب فكان بمنزلة ما لو كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كانت
الجلد جلد ميتة فلا شيء له ولو خلل الخمر بالقاء الملح الى اخره وحاصله ان التخليل في وجوه
لانه اما ان خللها بالنقل من الظل الى الشمس او بالقاء الملح فيه او بصب الخل فيه فعلى الوجه
الاول الخل لصاحب الخمر بغير شيء لانه ازال صفة الخمرية بغير ثمن فصار كما لو تخللت بنفسها
وهو كغسل الثوب سواء فان استهلكه الغاصب بعد ذلك ضمن مثله لانه استهلك خلا
متقوما خالصا للمالك وان خللها بالقاء الملح فيه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا
والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه بالاتفاق وقال بعضهم على قول ابي حنيفة رحمه الله
الخل للغاصب لانه استهلكه الا ان الخمر لم يكن متقوما والملح كان متقوما فترجح جانب
الغاصب فيكون له بغير شيء وعلى قولهما للمالك ان يأخذ الخل ويعطيه ما زاد الملح فيه
كما في دبغ الجلد وصبغ الثوب فان اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته
روايتان في رواية له ذلك كما في جلد الميتة وفي رواية ليس له ذلك واما اذا خللها
بصب الخل فيها اختلف المشايخ فيه ايضا قال بعضهم على قول ابي حنيفة رحمه الله يكون
للغاصب بغير شيء سواء صار خلا من ساعته او بمرور الايام لان الخلط استهلاك واستهلاك
الخمر لا يوجب الضمان وعلى قول ابي يوسف ومحمد ان صار خلا بمرور الزمان كان على قدر كيلهما
لانه لا يعتبر استهلاكا بل صار رابعا لمقدار كان صب في الخل وان صار خلا من ساعته
صار للغاصب ولا ضمان عليه لانه استهلاك بل صار رابعا لمقدار كان وذكر شمس الائمة الحلواني
رحمه الله ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر كيلهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد
حين اما عندهما فلا اشكال لان الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان
هذا الخلط يوجب زوال الملك بشرط الضمان والضمان هنا متعذر لان خمر المسلم لا يضمن فلا
يصار كما لو صب خله في خمر لا يضمنه كذلك هاهنا فان استهلكه الغاصب ينبغي ان
يكون ضامنا عندنا الخل على هذا القول كذا ذكره الامام قاضي خان في الجامع الصغير وقيل
قال عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب الى حين فيه اشارة ان فيه اختلاف
المشايخ على ما ذكرنا لان لفظ قالوا انما يستعمل فيما فيه اختلاف او حكم الاجماع فعلم
ان اللفظ على اطلاقه بدونه فلا بد لذكر من فائدة وهي ما ذكرنا صار ملك الغاصب لانه
استهلاك الا ان الخمر لم يكن متقومة والملك كان متقوما الى اخر ما ذكرنا وان اراد المالك
تركه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
له ذلك فكان تقدير قوله فهو على ما قيل وقيل اي فهو حيث يستفاد منه معنى قوله
رحمه الله فهو على القولين اللذين ذكرناهما والدليل في هذا ما ذكرنا من رواية قاضي
خان رحمه الله بقوله فيه روايتان وهو على اصله اي اصل محمد رحمه الله ليس باستهلاك
فان اصل محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف ايضا خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما
والمالك لم يكن استهلاكا عنده كان الخل مشتركا بين الغاصب والمغصوب منه لانه صار خالطا
خل نفسه بخل المغصوب منه وما صار مستهلكا بالخمر ولكن صارت عينها النجاسة بصنعه
فاذا صار الخل مشتركا بينهما فاذا اتلفه وقد اتلف خل نفسه وخل غيره فيضمن خلا مثل حصة
المغصوب منه كذا ذكره صدر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير والغاصب في الوجهين

وهو ما اذا اصابت خلا من ساعتها اما اذا اصابت خلا بعد زمان فلا ضمان الا بعد هذا
الاستهلاك وهو استهلاك خمر غيره بخلط نفسه لان خمر المسلم لا يضمن بالاستهلاك ولو ضمنه
انما يضمنه باعتبار الخل لانه هو المتقوم ولا ضمان هاهنا لان باعتبار ابقاء الخل ملكه
وبعض المشايخ رحمهم الله اجروا جواب الكتاب على اطلاقه الى الجزء وبعضهم قالوا انما الخلط
هاهنا مشترك بالاجماع لان عنده انما ينقطع حق المالك بالاستهلاك اذا امكنه بالخلط كالمكيل
والموزون اذا غصبه وخلط عليه من ملك نفسه فاما اذا لم يكن مضمونا بنفسه وكيل آخر
بعين كذا ذكر الامام المحبوبي وما ذكرنا من الاقوال يحتمل ان يكون هو الذي ذكر بقوله
وقد اثبتناها في نهاية المنتهي من كتاب ... اي الى آخر هذه المسألة من مسائل الجامع
الصغير ووقع منه في آخر كتاب الصلاة وقيل كتاب القضاء هراق الماء يعني اراقه اي صبه
يهريق بفتح الهاء واهراق يهريق بسكون الهاء في الاول بدل من الهمزة وفي الثاني زائدة
كذا في المغرب وذكر في الصحاح هراق الماء يهريقه بفتح الهاء هراقة اصله اراق يريق اريق
يريق واصل اريق يؤريق واما قالوا الماء اهريقه ولم يقولوا انا اريقه لاستثقال الهمزتين
وقد زال ذلك بعد الابدال وفيه لغة اخرى اهرق الماء يهرقه على افعل يفعل الى ان قال
وفيه لغة ثالثة اهراق يهريق اهراقا وهذا شاذ ونظيره اسطاع يسطيع اسطاعا
بفتح الالف في الماضي وضم الياء في المستقبل لغة من اطاع يطيع فجعلوا السين عوضا من ذهاب
حركة عين الفعل وهو ضامن اي ضمنه الآلة التي يصلح منها لغير اللهو على ما ذكر في الكتاب
والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وفي فتاوى ابي الليث
رحمه الله ان ضرب الدف في العرس يختلف بين العلماء بعضهم قالوا مكروه وبعضهم قالوا لا يكره
قال الفقيه ابو الليث رحمه الله الذي يضرب في زماننا مع الصنجات والجلاجل
ينبغي ان يكون مكروها وانما الخلاف في ذلك الذي يضرب في الزمان المتقدم كذا ذكره
في الذخيرة لنا ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فيبطل تقومها وذكر الصدر الشهيد
رحمه الله في باب العدوى ... من ادب القاضي رحمه الله رواية عن اصحابنا انه يهدم
البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد حتى قالوا ايضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين
وقيل راق المصير ايضا قبل ان ... ويعدو بالرد على من اعتاد الفسق وقد روي عن
ابن عمر رضي الله عنه انه احرق البيت على الثقفي حين سمع شرابا في بيته وهل يضمن الدنان
بكسرها ان كان باذن الامام لا يضمن والا يضمن ولانه يفعل ما يفعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع
قال عليه الصلاة والسلام لكسر المزامير وقتل الخنازير والمأمور به شرعا لا يصلح سببا
للضمان وعن شريح رحمه الله ان رجلين اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما
من عنده قال ابو يوسف رحمه الله لو كنت انا كانت خصومتهما وهو في احديهما لاذى براجرهما
لكسرته وعزرتهما وان كسر احدهما والآخر يطلب الضمان عزرت الذي كسر حرا واوجعت
الآخر بعد ... به وهذا لان هذه الاشياء اتخذت للهو والمعصية فان الاستماع منها معصية
قال النبي عليه الصلاة والسلام استماع صوت الملاهي معصية والجلوس عليها من الفسق
والتلذذ بها من الكفر ... لو استحل به وقد روي ان عمر رضي الله عنه بلغه عن نائحة من
نساء المدينة فاتاها حتى هجم عليها في منزلها فضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا امير
المؤمنين قد سقط خمارها فقال لها انه لا حرمة لها وتكلموا في قوله لا حرمة لها قيل معناه
انها لما اشتغلت بالاحل هذا سقطت ... حرمتها والحقت بالاماء والدليل عليه
ما روي عن الفقيه ابي بكر البلخي رحمه الله انه خرج على بعض نهر وكان النساء على وسط نهر
كاشفات الرؤوس والذراع فقيل له كيف فعلت هذا فقال انه لا حرمة لهن انما الشك في
ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك اسند الى ما قاله عمر رضي الله عنه كذا في الجامع الصغير
للامام المحبوبي وذكر في الذخيرة والمغني ناقلا عن الاستاذ الفقيه ابي الليث ان الامر بالمعروف
على وجوه ان كان يعلم باكبر رأيه انه لو امر بالمعروف يقبلون منه ذلك ويمتنعون عن المنكر فالامر

الامر

واجب عليه ولا يسعه تركه ولو علم باكبر رأيه انه لو امرهم بذلك قذفوه وشتموه فتركه
افضل وكذا لو علم انهم يضربونه ولا يصبر على ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال
فتركه افضل ولو علم انهم لو ضربوه صبر على ذلك ولا يشكو الى احد فلا بأس به وهو مجاهد
وهذا ولو علم انهم لا يقبلون ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر بالمعروف
افضل وذكر الامام المحبوبي مطلقا فقال الامر بالمعروف واجب او فرض اذا غلب
على ظن الامر انه لو امر بالمعروف يترك الفسق وان غلب على ظنه انه لا يترك لا يكون اثما في ترك
الامر والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وبه التوفيق والاعانة

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب من حيث ان في كل منهما يملك الانسان مال غيره بغير رضاه
الا ان الغصب في نفسه عدوان محض والشفعة مشروعة باصلها ووصفها فكان من حقها
ان تقدم على الغصب لمشروعيتها لكن الانسان احوج الى معرفة احكام الغصب لكثرة وقوعه بكثرة
اسبابه لصور الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات
وغيرها ووجودهم من الظلمة واللصوص المتغلبة جاهرا خصوصا في هذا الزمان فان الغالب
منهم الغصب والعدوان واما سبب الشفعة فشيء واحد وهو اتصال ملك العقار بعقد
البيع اما بالشركة او بالجوار ثم محاسن شرعية الشفعة ظاهرة وهي ان الاصل في شرعيتها
دفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار والضرار مدفوع شرعا قال الله تعالى ما جعل
عليكم في الدين من حرج وقال النبي عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك
احد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام من حيث ايقاد النار واعلاء الجدار
واثارة الغبار ومنع ضوء النهار وكم من شريك في العقار ومجاور في الدار من يتبرك بوجوده
ويتيمن بوروده وكم من مخالف في دينه وديانته خائن في حفظه وصيانته بحيث لا يصابر
بطلعته المشؤومة ساعة وكيف بالدوام فلا يبقى ثم سكانه في طرق بلد فاتى بالجوار بالاستسلام
وقد جاء في تفسير قوله تعالى لاعذبنه عذابا شديدا اي لالزمنه صحبة الاضداد وعن بعضهم
اضيق السجون معاشرة الاضداد فلما كان كذلك كان دفع العذاب بشرعية الشفعة سبب
الخلاص التي ليس وراءها شيء من الحسن اذ سعي الانسان في امور الدنيا والآخرة ليس الا
لدفع العذاب والوصول الى جزيل الثواب فيحتاج هاهنا الى بيان الشفعة لغة وشرعا
وشرطها وركنها وصفتها وحكمها ومراتبها اما اللغة فهو ماخوذ من الشفع الذي هو ضد
الوتر وهو الضم لما فيه من ضم شيء الى شيء ومنه شفاعة رسول الله عليه الصلاة والسلام
للمؤمنين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفي الحديث انه عليه الصلاة والسلام بعث
مصدقا فاتاه رجل بشاة شافع فلم ياخذها فالشافع هي التي ولدها معها لانها شفعته
يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثانيا والمناط الغائط وهي التي اتحد
واستشفعته الى فلان اي سألته ان يشفع لي وكذلك الشفيع فيما نحن فيه يضم الماخوذ
الى ملكه فسمي ذلك شفعة واما شرعا فهو عبارة عن تملك المرء على المشتري ما اشترى
من العقار من شريك الشفيع او جاره واما سببها فعامة المشايخ يقولون سبب وجوب
الشفعة اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل على
الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك
الشفيع بملك البائع ولهذا قلنا تثبت حق الشفعة للشريك في رقبة المبيع ثبتت للشريك
في حق من حقوقه نحو الطريق والشرب وثبت للشريك في حد من حدوده وهو الجار فان
اتصال الملك موجود في هذه الوجوه وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة تجب بالبيع
وتجب بالطلب فهذا اشارة منه وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا ... ووجوب
ثابت بالطلب ثم تجب بالطلب فهذا اثبات ثمنه وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت

واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون
وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم
وما جعل عليكم في الدين من حرج
الى انه لا مانع لهم عنه ولا عذر لهم في تركه
في اشغال بعض ما امرهم به حيث شق عليهم
قوله عم اذا امرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم
وصل ذلك بان جعل لهم من كل ذنب مخرجا بان رخص
لهم في المضايق وفتح عليهم باب التوبة وشرع
لهم الكفارات في حقوقه والاروش والديات
في حقوق العباد قاطعي سورة الحج

لا ايضا

بالبيع لا بصور وجوبها ثابتا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة
لوجوب الشفعة لان حق الشفعة فقط لا يثبت الا بهما ولا يجوز ان يقال بان الشركة شرط
والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو
كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب
الوجوب الا ترى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز فعلم بهذا ان الشركة
وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة وبالبيع وتاكدها بالطلب
وثبوت الملك في الشفعة بالقضا او بالرضا واما شرطها المخصوص بها فهو ان يكون المحل
عقارا سفلا كان او علوا احتمل القسمة كالدار والبيت او لا يحتمل كالحمام والبئر والرحى
شروط مكررة اصحابنا فان الشفعة لا تجب في المنقولات مقصودا وانما تجب تبعا للعقار
وان يطلب الشفيع شفعته على وجه المواثبة والاشهاد وذلك طلبه عند فور علمه بالشراء
فانه ان طلب الشفعة على علم بالشراء يثبت حقه وان لم يطلب منه وسكت بطلت
شفعته على ما يجي ومن شرطها ايضا ان يكون العقد عقد معاوضة عين المال بالمال فانها
لا تجب الا عند عقد البيع او ما هو بمعناه من الصلح والهبة بشرط العوض اذا وجد قبض البدلين
واما اذا قبض احدهما دون الاخر فلا شفعة عندنا خلافا لزفر رحمه الله واما ركنها فهو
اخذ الشفيع ما اشتراه المشتري اما من البائع او من المشتري عند وجود شرطها ومن سببها
واما صفتها فان الاخذ بالشفعة بمنزلة شراء جديد وكلما يثبت للمشتري من غير شرط من الرد
بخيار الرؤية والرد بالعيب يثبت للشفيع وما لا يثبت للمشتري الا بالشرط لا يثبت ايضا واما
حكمها فجواز طلب الشفعة عند تحقق سببها الذي ذكرنا وهو الشركة في ملك العقار مع البيع
وتاكدها بعد الطلب وثبوت الملك بالقضا او بالتراضي واما مراتبها فثلاثة فان
اول ما يستحق بها بالشركة في عين الشفعة ثم بالشركة في حقوق الملك من الطريق والشرب
ثم بالجوار وقد قيل يستحق الشفعة على اربعة مراتب ويجي كل منها موفرا بيانه مفصلا
في موضعه ان شا الله تعالى كذا في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها مما ذكر في المبسوط
وقال زعم بعض اصحابنا رحمهم الله ان القياس يرد حق الشفعة لانه يملك على المشتري ملكا
صحيحا بغير رضاه وذلك لا يجوز فانه من نوع الاكل بالباطل ويتايد هذا بقوله عليه الصلوة
والسلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفس منه ولانه بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه
على وجه يلحق الضرر بالمشتري في ابطال ملكه وليس لاحد ان يدفع الضرر عن نفسه على وجه
يلحق بالاضرار بغيره ولكنا تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة في الباب اي خص له
عن القياس ثم قال والاصح ان يقول الشفعة اصل في الشرع فلا يجوز ان يقال انها مستحسنة
في القياس بل هي ثابتة على موافقة القياس وقد دل على ثبوتها الاحاديث المشهورة عن
رسول الله عليه الصلوة والسلام وعن الصحابة رضي الله عنهم من ذلك ما بدا به محمد
رحمه الله في الكتاب ورواه عن مسور بن مخرمة عن رافع بن خديج ان سعد بن مالك عرض بيتا
له على جار له فقال لخذه باربعمائة اما اني اعطيت ثمانمائة ولكني اعطيتكه لاني سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بشفعته وفيه دليل على ان من اراد بيع ملكه
فانه ينبغي له ان يعرض على جاره لمراعاة حق الجار وقد قال عليه الصلوة والسلام ما زال
جبريل عليه السلام يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه ولانه اقرب الى حسن العشرة
والتحرز عن الخصومة والمنازعة **قوله** رحمه الله الشفعة واجبة اي ثابتة
عند تحقق سببها لا ان يكون المراد بها لزوم الاثم عند تركها الخليط بالضم الشريك
خالطه اي شاركه ولا فرق اذا بين الخليط والشريك لانهما ينبئان عن معنى واحد
والاختلاف بينهما انما يقع بسبب اختلاف المحل فتارة ذكر الشريك في نفس المبيع والخليط مع
حق المبيع وتارة ذكر على عكسه وذكر في الذخيرة وهذا الذي ذكر في عامة الكتب ان الشفعة
عندنا تستحق على ثلاث مراتب اولا تستحق بالشركة في عين البقعة ثم بالشركة في حقوق

الملك

مطلب الشفعة على اربع مراتب

الملك من الطريق والشرب ثم تستحق بالجوار وصورته منزل بين اثنين في سكة غير نافذة
باع احد الشريكين نصيبه من المشتري فالشريك من المنزل احق بالشفعة فان سلم فاهل السكة
احق فان سلموا فالجار الملاصق احق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة اخرى
مسالة الجار على وجهين اما ان يكون الدار التي وقع فيها الشراء في سكة نافذة وفي
هذا الوجه الشفعة للجار الملاصق واما ان يكون في سكة غير نافذة وفي هذا الوجه
جميع اهل السكة شفعاء الملاصق والمقابل في ذلك على السواء وقد تثبت الشفعة عندنا
تستحق على اربعة مراتب وبيان ذلك في مسالتين احدهما بيت في دار في سكة غير نافذة
والبيت لاثنين والدار لقوم فباع احد صاحبي البيت نصيبه من البيت فالشفعة
اولا للشريك في البيت فان سلم فللشريك في الدار فان سلم فلاهل السكة الكل في ذلك على السوا
فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي داره على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة
اخرى والثانية دار بين شريكين في سكة غير نافذة باع احد الشريكين نصيبه من الدار
من انسان فالشفعة اولا للشريك في الدار فان سلم فللشريك في الحائط المشترك الذي
يكون بين الدارين فان سلم فلاهل السكة والكل في ذلك على السوا فان سلم فالجار
الذي يكون ظهر هذه الدار الى داره وباب داره في سكة اخرى ثم اعلم ان في كل موضع
الشريك الشفعة انما تثبت للجار الشفعة اذا كان للجار وقت طلب الشفعة وان لم يحق
الاخذ في الحال اما اذا لم يطلب الشفعة حتى سلم الشفعة فلا شفعة له كقوله عليه
الصلوة والسلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا وفي رواية
الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار **فان قيل** المراد به احق
بان عرضها عليه البيع الا ترى انه لو فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي عليه
الصلوة والسلام جعله احق على الاطلاق فيكون احق بها مثل البيع وبعده وقوله
ينتظر تفسير لما سماه جعله احق ولان ما روي عن عمرو بن شريد عن ابيه عن النبي عليه
الصلوة والسلام في ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا قسمة فقال الجار احق بشفعتها
بهذا ابطل ذلك التاويل اذا كان طريقهما واحدا اي اذا كان طريق البائع والجار بالسقب
القرب والصاد لغة وهو مصدر اسقبت الدار اي الصاقت القريب ومعنى الحديث
الجار احق بسقبه اي الجار احق بالشفعة اذا كان جارا ملاصقا والباء من صلة احق
لا للسبب اريد به السقب الساقب على معنى ذي السقب او سمته بالمصدر او وصف به
كذا في المغرب وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة
لانه كما لا يقول بالشفعة بالجار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا
لذلك لا يقول ايضا فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر ايضا لانه ذكر في الاسرار قال
علماؤنا رحمهم الله الشفعة تجب بالجوار ملكا او بالخلط وهي الشركة في الحقوق وهي
الطريق والنهر وتجب بالشركة في البقعة وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الا بالشركة
في البقعة ثم هو انما يقول بالشركة في البقعة اذا كانت الشفعة مما يحتمل القسمة
في الدار والارض وفيما لا ينقسم كالحمام والرحى والبئر والنهر والدور الصغار
يقول لا تجب الشفعة في ذلك وعندنا تجب كذا في الايضاح فحصل من هذا ان عند الشافعي
رحمه الله انما تثبت الشفعة بوصفين احدهما بالشركة في نفس البقعة لا بالشركة
في الحقوق والثاني بالشركة في نفس البقعة التي تحتمل القسمة ولا تثبت فيما لا يحتمل القسمة
قوله رحمه الله لانه مؤنة القسمة تلزمه في الاصل وهو فيما لا ينقسم دون
الفرع وهو الجار ولنا ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام جار الدار احق
بالدار والارض ينتظر له **فان قلت** ولو اول الشافعي رحمه الله لفظ
الجار بالشريك لانه يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى رحمه الله تعالى شعرا
ماجارتي بيني فانك طالقه ۞ كذاك امور الناس غاد وطارقه

والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ولانه روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال انما
الشفعة فيما لا ينقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما للاثبات المذكور ونفي
ما عداه ولان قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لا ينقسم يقتضي ان جنس الشفعة فيما لا ينقسم
لانه نص في النفي فيما ينقسم لاستحقاق الشفعة بالجوار بسبب دفع الجوار الذي هو زيادة المضار
على ما زعمتم منقوض بالجار المقابل حيث لا يثبت له الشفعة بالاتفاق مع وجود هذه العلة وكذلك
منقوض ايضا بالجار الملاصق بطريق الاجارة مع وجود هذه العلة فما جوابنا عنه **قلت**
اما الاول فمن حمل اسم الجار على الشريك ترك الحقيقة والعمل بالمجاز من غير دليل بل دل الدليل على بطلان
الحمل على الشريك لانه قال في ذلك الحديث الذي رويناه هو حديث عبد الملك ابن ابي سليمان
الجار احق بسقبه الى ان قال اذا كان طريقهما واحدا فلا وجه لحمل الشريك على الحديث لانه
قال مقيدا اذا كان المراد جار هو شريك في الطريق وكان الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله
يقول العجب منهم يزعمون انهم اصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته
فلا يسعى بعد هذا المسلوب معنى انهم احدثوا ترك العمل بالحديث فلاجله سموا اصحاب الحديث
لا لعلمهم بالحديث وفي حديث سعد ايضا بطلان ذلك التاويل حيث فان سعدا عرض بيتا له على جار
فدل ان جميع البيت كان له ولان الزوجة تسمى جارة لانها تجاوره في الفراش صغرى منه فانها
تشاركه واشتقاقها لا تكلم اما وحرف الاستغراق فعنه بيان ان للشريك شفعة وتخصيص
الشيء بالذكر عندنا لا يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه ولان كلمة انما قد تجي للاثبات بطريق الكمال
كما يقال انما العالم في البلد اي الكامل فيه والمشهور به ولم يرد به نفي العلم عن غيره وها هنا
كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في المبيع هو كامل في سبب استحقاق غيره بدليل
سياق الحديث فانه قال في اخره فاذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق فان كان الطريق واحدا
تجب الشفعة وعند الشافعي رحمه الله لا تجب هناك فكان اخر الحديث حجة لنا ايضا اما معنى هذا
اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطريق فكان الموضع موضع اشكال لان في القسمة معنى
المبادلة وربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله عليه الصلوة والسلام انه
لا يستحق الشفعة ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق
دفعه بحق الملك فان الشفعة حق الملك يستحق به دفع ضرر بسبب اتصال الملك ما دونها
من فروعه فلا يكون الا لمن له الاتصال به ملك على الدوام وهو الان المقصود دفع ضرر التاذي
بسوء المجاورة على الدوام فلهذا لا يثبت للجار السكنى كالمستاجر والمستعير لان جواره ليس بمستدام
لان الملك الحادث بالاجارة ملك منفعة ولا اتصال بين ملك الجار وبين منفعة دار جاره فلا
يثبت الشفعة له كذا في المبسوط والاسرار وغيرهما اعدادا ... وهو الخليط في نفس المبيع
وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه جواب
عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه الا ترى ان مؤنة القسمة بلزوم الشريك في المنقولات ولا يثبت
الشفعة عند بيع احد الشريكين نصيبه اعلم ان اصل منشا الخلاف بيننا وبين الشافعي رحمه
الله راجع الى معنيين عندنا وعنده فعندنا المعنى المؤثر لوجود الشفعة عند البيع اتصال الملك
لدفع الشفيع ثبوت حق الشفعة له بسوء ضرر الجوار سواء كان الاتصال في نفس المبيع او في حقوقه
او بالجار الملاصق فلذلك استوى عندنا ما ينقسم وما لا ينقسم وعند الشافعي رحمه الله المعنى
المؤثر في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة لانه لو لم ياخذ الشفيع المبيع بالمطالبة
المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع مكنه من الاخذ بالشفعة
ليدفع بها ضرر مؤنة القسمة عن نفسه وكذلك في الجار لانه لا قسمة هناك وكذلك لا يوجب
الشفعة في المنقولات ايضا لانه يتمكن من بيع نصيبه والبيع والشراء في المنقول معتاد بخلاف
العقار فلما كان كذلك فتق الشان بيننا وبينه في الترجيح وانا نقول ان حق الشفعة انما
وجب لدفع ضرر التاذي وهو معنى مؤثر فيه لانه يتاذى بسببه منازعة دائمة فلا ينال الخصم
مكنه دفع ذلك الضرر الا من الجار بالمرافعة الى السلطان او بالمقابلة معه فلنا ذلك

ضررا

ضررا ايضا اشد من السكوت والصبر لانه يحتاج الى المرافعة وربما لا يندفع فيبقى المخاصمة الدائمة بينهما
فكان ما ذكرنا مؤثرا فلهذا انما يثبت حق الشفعة واما ضرر المقاسمة فذلك ليس بضرر لانه حق مستحق عليه
شرعا وانه الحق المستحق لا يعد من باب الاضرار على ان مثل هذا الضرر يتحقق في العروض المشتركة
ومع ذلك لا يجب الشفعة فيها الى هذا اشار في المبسوط والايضاح لانه في كل جزء بعينه ايضا
الاتصال بالشركة في المبيع الاتصال في الطريق لان الاتصال هناك ليس في كل جزء من المبيع الذي هو
المقصود بل الاتصال في المرافق وهو من التبع فكان هذا الاتصال دون الاول فلذلك تاخر حكمه
من الاول ولا نصور القسمة ان لم يصلح علة كما قاله الشافعي رحمه الله يصلح مرجحا ولكنه
المرجح ابدا انما يقع ما لا يكون علة للاستحقاق الا ترى ان الاخ لاب وام في العصوبة بسبب
العمامة والعصوبة لا يستحق في المزلة وحدها الظاهر ان السبب بعد وضوح الحكم اي يثبت
حق الجار في الشفعة مع وجود حق الشريك منها بعين سببه فحجة ايضا لان الشريك كان
عندنا فاذا سلم كان الجار ان يستوفي حق مالكه بالحجة مع غرماء المريض والتركة فاسدة
اذا اسقط حقهم بالابرا كان التركة للغرماء المريض يستوفيه لان سبب استحقاقهم ثابت لهذا
ينبغي للجار ان يطلب الشفعة اذا علم بالشريك البيع مع الشريك حتى اذا سلم الشريك فلا
حق له بعد ذلك كذا في المبسوط والشريك في البيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين
من الدار وجدار معين منها لا الاحد اما مثال له المنزل بان يكون البيت من الدار بين رجلين
من طريق فباع صاحب الدار فالشريك في البيت اولى بالبيت وهو مع الجار سواء في بقية الدار
واما مثال الجدار بان يكون حائط بين داري رجلين والحائط بينهما فصاحب الشريك في
الحائط اولى بالحائط وهما سواء في بقية الدار كذا في الذخيرة ولو صح هذا المثال للامام ركن
الدين ابو الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرماني رحمه الله في الايضاح باوضح بيان فقال دار بين
رجلين فيها طريق فباع احدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار احق بالشفعة ولا شفعة
لصاحب الطريق لما روي فيقال ان الشركة في نفس المبيع اقوى من الشركة في حقوقه والطريق من
الحقوق وكان الشريك فيه هو الاقوى لشريك في الدار بعينه وكذلك الدار اذا كانت بين رجلين
ولاحدهما حائط في الدار بينه وبين اخر فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار فالشريك
في الدار احق بشفعة الدار والشريك في الحائط اولى بالحائط وهو جار في بقية الدار وكذلك
دار بين رجلين لاحدهما بئر في الدار بينه وبين اخر فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه
من الدار والبئر فالشريك في الدار احق بشفعة الدار والشريك في البئر احق بشفعة البئر
وهو جار لبقية الدار والبئر والحائط لا يشبه الطريق والشرب لان الطريق والشرب شركة
في الحقوق والحقوق من جملة التوابع فكانت الشركة في نفس المبيع الا ان الشريك في نفس الدار
مقدم عليه لان الاصل اقوى من التبع والبئر والحائط ليس من حقوق الدار فكان مجاورا والشريك
والحقوق مقدم عليه اي على شريك البئر والحائط وكذلك سفل بين رجلين ولاحدهما علو عليه
بينه وبين اخر فباع الذي له نصيب في السفل والعلو نصيبه فالشريك في السفل الشفعة
للسفل والشريك في العلو الشفعة في العلو وصاحب السفل جار في حق العلو والشريك في الطرق
اذا كان طريق فيه وشريك العلو جار في حق السفل والشريك مقدم على الجار
منها ان مع ارضه لاحد الشريكين له مع اخر من بقية الدار كان شريك الجدار مع ارضه
مقدما على الشريك في بقية الدار اذا باع الذي له شركة في الجدار نصيبه في الجدار في ارضه
فاما فلما مع ارضه لان الشركة في البناء المجرد لا توجب الشفعة كذا في الذخيرة وذكر فيها
وفي المغني تفسير هذا فقال لنظر للجار الذي هو موضع الشريك في الطريق ان لا يكون شريكا في
الارض التي هي تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما اما اذا كان شريكا فلا يكون جارا
بل يكون مقدما وصورة ذلك ان يكون ارض بين اثنين غير مقسومة وفي وسطها حائط فاقتسما
الباقي فيكون الحائط وما تحت الحائط من الارض مشتركا بينهما فكان هذا الحائط شريكا في بعض المبيع
اما اذا اقتسما الارض فقبل ان الحائط وسطا في وسطه ثم اعطى كل واحد منهما شيئا حتى بنيا حائطا

وكل واحد منهما جار لصاحبه في الارض شريك في البنا لا غير والعرصة في البنا لا غير لا يوجب
الشفعة ودليله على الجار في نصيبه الدار اي الشريك في الجدار في انصبه مقدم على الجار
في نصيبه الدار في احد القولين عن ابي يوسف رحمه الله واما في الرواية الاخرى فهو بالجار
سواء ... في المعنى ... ان الشريك في الارض الذي تحت الحائط يستحق
الشفعة في كل المبيع ... عند محمد رحمه الله ... عن ابي يوسف رحمه
الله يستحق الشفعة في الحائط ... الشركة ويستحق الشفعة في بقية الدار بحكم الجوار ...

[illegible]

دراهم والدرهمان لصاحب العشرة والدرهم الاخر لصاحب الخمسة لان الربح نما المال وكان بينهما على قدر راس مالهما اما كان اثلاثا كان الربح ايضا اثلاثا ولذلك الاولاد والثمار اجيب واى سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق وذلك لان سبب استحقاق الشفعة اما الجوار واما الشركة وقد استويا في اصل ذلك فان صاحب القليل شريك لصاحب الكثير وجار باتصال ملكه بالمبيع لصاحبه لان علة الاستحقاق اصل الملك لا قدر الملك الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة يعني ان صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان ياخذ الكل بالشفعة بالاتفاق كما اذا باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير ان ياخذ جميع المبيع لما ان ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة فان ما اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل الا ترى ان احد المدعيين لو اقام شاهدين والاخر عشرة من الشهود استويا في المعارضة والمساواة بينهما ولذلك لو ان رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه اخر عشر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم القتل والترجيح بقوة الدليل كالشريك يرجح على الجار والجار الملاصق مع جرح الاخر فاذا حكم القتل مضاف الى الجار الجارح بالاتفاق لا بكثرته لان ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا الا عند ظهور الترجيح بان الترجيح مدفوعا بالرياح وههنا حق صاحب القليل لا يبطل اصلا كما عرفنا انه لا يترجح بجانبه من حيث قوة العلة هذا كله مما اشار به في المبسوط **فان قلت** لو قال الشافعي رحمه الله ان قولكم لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة فيجب ان يكون مساويا لصاحب الكثير لا يلزمني لانه لا يجوز العلة الواحدة لكمال الحكم ولكن عند الانضمام مع الاخرى مثبت استحقاق الكثير ما يثبته عند الانفراد وله نظير في الشرع كالرجالة في الغنيمة اذا انفردوا استحقوا كل الغنيمة وكذا الفرسان اذا انفردوا استحقوا الكل ايضا ولكن اشتركوا قسمت الغنيمة بينهم على التفاوت وكذلك لو مات واحد وترك بنتا واختا لاب فان للبنت النصف منهما اثلاثا فلذلك ههنا استحق صاحب القليل كل الدار بالشفعة ولان استحقاق الشفعة شفعة يتصل لصاحب الملك بسبب ملكه فيجب ان يكون معتبرا بقدر الملك بسبب ملكه ليكون كل واحد منهما بقدر ملكه في الصدر مقدم بحسب الملك كما في الضمان بسبب الحائط المائل اذا كان مشتركا بين اثنين اثلاثا فاشهدوا عليهما فيه ثم سقط الحائط واصاب مالا او نفسا كان الضمان عليهما اثلاثا بقدر الملك فيجب ان يكون في المنفعة كذلك لقوله عليه الصلوة والسلام الخراج بالضمان ما جرا بيا عنه **قلت** اما مسالة الغنيمة فان تفضيل الفارس بفرسه حكم عرف شرعا بخلاف القياس مع ان الفرس بانفراده لا يصلح علة الاستحقاق فيصلح مرجحا واستحق في بعض الغنيمة وههنا كل جزء علة كاملة فلا يصلح مرجحة لما ذكرنا ان العلة لا تصلح مرجحة ولان الاصابة بالقهر سبب ملك الغنيمة لكن في المصادر والمقهور والمصاب يتفاوت الاصابة فلذلك التفاوت في العذر واما ههنا فالمحل والمبيع قل او كثر كل نصيب وان قل علة الاستحقاق كانه لا يرداد المحل بازدياد النصيب كالجروح في شخص واحد فكل جرح علة تامة ولا يعتبر زيادة الجرح في اضافة الحكم اليه واما اصابته مسالة الميراث فالذي عليه يضم الى علة حكم ذلك من هذا الحسن ولكن تفاوت نصيب الاخ والاخت عند الانضمام باعتبار ان الشرع جعل عصوبة الانثى بالذكر علة الاستحقاق في نصيب ما الذكر متفاوتا لتفاوتهما في نفس العلة الا ان يكون لعلة مرجحة بعد اخرى مثل العصوبة بالاخ عن العصوبة بالبنت فاذا جاءت العصوبة بالاخ والبنت العصوبة بالبنت ثم العصوبة بالاخ متفاوتة في نفسها بالبنوة ولم يكن بموجب قبل ترجيح العلة بعلة اخرى واما مسالة الحائط المائل فقلنا ان مات من وقع عليه الحائط ان جرح الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وان مات بثقل الحائط فالضمان عليهما اثلاثا لان نصيب صاحب الكثير ولان هذا راجع الى ما هو متولد من الملك كالولد والثمر

وقد ذكرنا ان الشفعة ليست من ثمرات الملك لان تملك دار غيره لا يجوز ان يجعل ثمرة من ثمرات
ملكه بل السبب اصل الملك لا قدره والحكم لا يزداد بزيادة العلة كذا في المبسوط والاسرار
والايضاح ولو اسقط بعضهم حقه يقضى للباقين في الكل على عدد رؤسهم اعلم ان الشفعاء اذا اجتمعوا
في دار واحدة مثلا في حق كل واحد قبل الاستيفاء والقضاء ثابت في جميع الدار لكنها تحل العدة
في حق كل واحد منهم حتى انه اذا كان للدار شفيعان سلم احدهما الشفعة قبل الاخذ قبل القضاء
كان للاخر ان ياخذ الكل لان قبل الاستيفاء والقضاء وجد في حق كل واحد منهما سبب ثبوت
حق الشفعة في كل الدار وامكن الجمع بينهما ليس الا الجمع بين الحقين في عين واحد كالقاتلين
وبين ان احدهما متى ترك الاخذ الاخر في الكل كما لو قتل الرجلين عمدا فعفى عنه احدهما كان
للاخر ان يقتص منه لهذا المعنى ثم لو سلم احدهما لم يكن للاخر الا ان ياخذها كلها او يدعها
لان مزاحمة المسلم قد زالت فكانه لم يكن الشفيع في الابتداء الا واحد وليس للشفيع
ان ياخذ البعض دون البعض لما في اخذ البعض من تفريق الصفقة والاضرار بالمشتري
في تبعيض الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يمكن من الاخذ على وجه
يكون فيه الحاق الضرر بغيره واذا اراد ان ياخذ الشفيع النصف ورضي المشتري به فله ذلك
لان المانع حق المشتري فان قال المشتري لم اعطيك الا النصف كان له ان ياخذ الكل لان
حقه ثابت في جميع الدار وذكر في الباب ان الغائب قد سلم له شفعته وللحاضر ان ياخذ
الكل كذا ذكر في باب الشهادة في الشفعة من شفعة المبسوط ثم حق كل واحد من الشفعاء
ثابت في جميع المبيع كما ذكرنا وعند التسليم يتوفر حق الاخر في الكل لذلك وهذا الذي ذكرناه
قبل القضاء له بالنصف كما بعد القضاء فليس للمسلم له الشفعة الا ما هو نصيبه وهو النصف
لانه اذا كان للدار شفيعان وقضى القاضي بالدار بينهما ثم سلم احدهما نصيبه لم يكن
للاخر ان ياخذ الجميع وهذا لان القاضي لما قضى بالدار بينهما صار كل واحد منهما مقضيا
عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فبطلت شفعته فيما قضى به لصاحبه ضرورة
وهذا الذي ذكره عند استواء الشفعاء من سبب الشفعة وكذا اذا كان لبعضهم اقوى
البعض فانه اذا كان بعض الشفعاء اقوى من البعض يقضي القاضي بالشفعة للقوي
بطل حق الضعيف حتى اذا اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك الشفعة قبل القضاء له
كان للجار ان ياخذها بالشفعة ولو قضى القاضي بالدار للشريك ثم سلم الشريك الشفعة
فلا شفعة للجار كان الغائب لعله لا يطلب ولان حق الحاضر في كل الدار ثابت بصفة
التاكد لان تاكد الشفعة بالطلب وقد وجد الطلب من الشفيع الحاضر وحق الغائب
لم يتاكد بعد والحق التاكد لا يوخذ بحق غير متاكد ومتى وقع الاستيفاء للحاضر انما
يبطل من حق الغائب ما كان يبطل ولو كان حاضرا اما الزيادة فلا حتى انه اذا كان للدار
شفيعان احدهما حاضر والاخر غائب فيقضي القاضي للحاضر بكل الدار كان للغائب
ان ياخذ النصف واذا جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح الجعل وسقط حقه بدلالة الاعراض
فيقسم حق الباقين وان قال الذي قضى له بكل الدار انا اسلم لك الكل فاما
ان تاخذ الكل او تدع فليس له ذلك وللثاني ان ياخذ النصف ولو كان الشفيع الحاضر له
ياخذ الدار من المشتري بالشفعة ولكن اشترى الدار منه ثم حضر الغائب فان شاء
اخذ الدار كلها بالبيع الثاني اما بالبيع الاول فلان الحاضر اسقط حقه في الشفعة لما
اقدم على الشراء وخرج من البين فكان للاخر ان ياخذ الكل وفي المسالة نوع اشكال
ان حق الشفعة في البيع الثاني انما يثبت بعد تمام البيع الثاني فلا يبطل بالاعراض قبله
والجواب هو معرض بالشراء الثاني لانه اقدم على الشراء مع ثبوت حق الشفعة له فلا يثبت
له بسبب هذا الشراء هنا لحق لانه يتضمن هذا الشراء الاعراض عما ان الشفيع اذا اشترى
ابتداء لان شراه لم يتضمن اعراضا فهو مقبل على التملك وهو معنى بالاخذ بالشفعة ولو كان
المشتري الاول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه فان قدم الغائب فان شاء اخذ الدار

بالبيع

بالبيع الاول وان شاء اخذ الكل بالبيع الثاني لان المشتري لما ثبت له الحق قبل الشراء حتى يكون
لشراؤه معرضا عما هو شفيعا في البيع الاول ولم يتصل بعضهم حتى الى الكونه معرضا فلذلك
كان ان ياخذ الكل بالبيع الثاني في هذا كله ذكر في المبسوط والذخيرة وفي الفصل الثالث
عشر من الذخيرة دار بيعت ولها شفيعان احدهما غائب فطلب الحاضر نصف الدار بطلت
شفعته كلها لاحدهما والشفعة تجب بعقد البيع وتثبت بالطلب لانه هو السبب لان
بينهما الاتصال المطلوب شفعته لا غير وهذا الذي ذكره والتعليل الذي علل به
في الجامعة رواية الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وغيرهما وقد ذكرنا فيما دون
يقول ما نسبه الاتصال لا غير الا انه لو سلم الشفعة قبل البيع لا تبطل شفعته وان
سلمها الاتصال لا غير بطلت شفعته لو كان التسليم بعد السبب ولا اعتبار لوجود الشرط
قبل التسليم في صحة التسليم كما في الزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل لا يراد قبل حلول
الاجل وقد ذكر في الباب الاول من شفعة المبسوط فقال لو سلم الشفعة قبل الشراء
كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجوب سبب الوجوب يكون لغوا
فما قيل قبل البيع وهذا اللفظ بعينه يفيد ان الحق وجوب الشفعة بوجوب الثمن والشراء البيع
لا شك ان السبب لوجوب الثمن على المشتري هنالك بيع البائع فيجب ان يكون ههنا سبب
وجوب الشفعة للشفيع على المشتري مع انه صرح باسم سبب وجوب الشفعة للشفيع
على ما ذكرنا وهذا يقتضي ان يكون الشراء كل السبب فلا اقل من ان يكون الشراء جزء السبب
لذلك في الذخيرة والمغني واما العادة على السببية اصلا فلا على ما بيناه الى غير له ولما
لم يشترطوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الى اخر ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع
عن ملك الدار **قلت** هنالك من يوجد في الاعراض بوجود كيفما كان بخلاف مسالة
الاقرار بالبيع حيث خبر عن انقطاع ملكه عن الدار بالكلية فاقر ان كل ما تحته من حق نفسه
ولذلك عن حمله كالمعزوم عنه فلا سبيل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي ولو الرجيزة
وللشفيع ان يمتنع من الاخذ حرنا بالشفعة وان بذل له المشتري لقضاء القاضي لكن يقال لان في
قضاء القاضي له زيادة فائدة وهي معرفة القاضي بسبب ملكه وعلم القاضي عن قبله
شهادة شاهدين فقال الاخذ بقضاء القاضي احوط وظهر فائدة هذا وهو نوقف
الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار المشفوعة بتسليم المشتري الى الشفيع
اولا وقت حكم الحاكم حتى لا يثبت الملك للشفيع فان وجد منه الطلبان طلب المواثبة وطلب
الاشهاد ما لم يوجد بعد ذلك احد الشيئين اما تسليم المشتري بدون حكم الحاكم او حكم الحاكم
فاذا وجد احدهما حينئذ يملك الشفيع الدار المشفوعة لا يورث عنه في الصورة الاولى وهي
ما اذا مات الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف يورث عنه وتبطل شفعته
وفي الثانية وهي ما اذا ابيعت دار الى جنب الدار المشفوعة لا يستحق بها الشفعة لان سبب الاخذ بالشفعة ايضا لا
يملك الشفيع الدار المشفوعة وقد زال ملكه عن ما يستحق به الشفعة وياخذها قبل
ان ياخذها فلم يبق السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يبطل الحكم الا في الثالثة اي لا يستحق الدار
التي بيعت بالشفعة في الصورة الثالثة وهي ما اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه
لم يملك المشفوعة فكيف يملك غيرها والله اعلم بالصواب والله المرجع والماب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما ذكر ثبوت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه طلب المواثبة سمي به
تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من
الوثوب على الاستعارة لان من يثبت هو الذي يسرع في طي الارض بمشيه وهو ان يطلبها
كما علم علي وزن علمه بالبيع من غير توقف سواء كان عنده انسان او لم يكن وذكر في المبسوط
اذا علم بالبيع وهو بحضرة المشتري فالجواب واضح اي يطلبها وهو ظاهر وكذلك اذا
كان بحضرة من الشهود سوى ان الشهود لهم طلبه وكذلك لو لم يكن بحضرته احد حين يبيع ينبغي

حتى يقضي الشيخ له بها

ان نطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد انما هو لمخافة الجحود ومصدق له او نطالب
حتى اذا احلفه المشتري اشهد ان يحلف انه طلبها كما سمع وقد ذكر في شرح الاقطع وانا نعمل بذلك
اي ان لم يمكن حضور احد لسلا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى حتى لو امكنه الاشهاد
ولم يطلب بطلت شفعته وقال ابن ابي ليلى رحمه الله ان طلبها الى ثلاثة ايام فله الشفعة
وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال الكرخي وهو على شفعته ما لم يطلبها ...
او ... له ... الحقوق المشتركة وابن ابي ليلى رحمه الله كان يقول يحتاج الى الشفيع
الى النظر والتامل حتى يعلم انه يشفع جوار هذا الجار فلا يطلب الشفعة او ...
مبطل الشفعة ومثل هذا الامر يوقف عليه الا بالتامل فيه حتى يحصل له من المدة ثلاثة
ايام ... خيار الشرط ... قدر سفيان المدة بيوم واستدل على ... عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها وفي رواية الشفعة ...
احدهما ... اذا سكت عن الطلب ... الرضا ...
وقيل الرضا بصريح الرضا ولو لم يجعل هذا ... المشتري فانه ...
المشتري ... عليه ... لا ... كذا في المبسوط
وفي المغني اذا سمع الشفيع بيع الدار فسكت لا تبطل شفعته ما لم يعلم المشتري والثمن
كالبكر اذا استؤمرت فسكتت ثم علمت ان الامر ... لها ...
الى ما ذكره القاضي الامام فان قلت لو ادركت الصغيرة ... خيار البلوغ و
... اختارت نفسها تبطل الشفعة ولو قدمت طلب الشفعة بطل خيارها ...
ما الحيلة حتى لا يبطل كلاهما قلت الحيلة فيه ان تقول طلبت حقي في الشفعة
والخيار ... كذا ذكر في فصل الطلب في فتاوى قاضي خان ... ايضا
دار ... دار رجل والجار ... ان الشفعة له ... انه اذا ادعى شفعتها لا ...
الدار ... شفيعا ... وان ادعى الشفعة ... دعوى الدار ... حتى لا تبطل
شفعته قالوا يقول هذه الدار ... فان وصلت اليه ...
على شفعتي منها لان هذه الحالة كلام واحد ولم يتحقق السكوت في طلب الشفعة ...
من ... الى ... كما في المحيط فان ... في مجلسها ... الجامع ...
والتامل ولان الشرع اوجب له حق التملك ... لو اوجب له ذلك ... البيع كان
له خيار القبول ما دام في مجلسه ... ولو قال ... الحمد لله ... او قال
... الشفعة ... على شفعته هذا كله من المبسوط ...
... طلب المواثبة ... ان طلب المواثبة ...
... الطلب ... عن الشفعة ...
... ولا الاشهاد ... هذا الطلب ... الاشهاد عند الطلب
... شرط صحة هذا الطلب ولكن ... المشتري ... هذا الطلب ...
... والاب ... الصغير ...
على ... ما ذكر في الاشهاد ... طلب الشفيع في ... على الطريق الاحتياط لان
شرط صحة ... كذا في الذخيرة ... الطلب ... طلب الشفعة
حتى حكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله ... لو وجبت
الشفعة ... ذكر في المغني ...
اطلب الشفعة ... الشفعة ... شفعته ... الاختلاف
في ... الوكيل ...
بالحوادث ...
والذكر في ... عند ابي حنيفة رحمه الله ...
الخراز ... سواء كان الخبر عدلا او غير عدل حتى اذا

احتار

اذا رقى نفسه في مجلسها بعد الطلاق والاملاء ولا يشترط في المخبر احد شرطي الشهادة بخلاف
خبر التقييم بالبيع حيث يشترط فيه احد شرطي الشهادة وهو العدد او العدالة على ما ذكر وبخلاف
ما اذا اخبر المشتري لا يشترط في المشتري ايضا احد شرطي الشهادة اعني ان المشتري اذا قال
للشفيع قد اشتريت فلم يطلب الشفيع شفعته بطلت شفعته وان لم يكن للمشتري خصم في
العدالة في الخصوم ليست بشرط كذا في الايضاح والثاني طلب التقرير والاشهاد وهذا
الطلب انما يصح عند حضرة واحد من هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته
وقال شيخ الاسلام رحمه الله في شرحه ان الشفيع انما يحتاج الى طلب المواثبة ثم الى طلب
الاشهاد لعله اذا لم يمكن الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع المشتري حال غيبته عن المشتري
والبائع او الدار اما اذا سمع عند حضرة هؤلاء فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك
يكفيه ويقوم ذلك مقام طلبين فان قصد الابعد من هؤلاء الثلاثة وترك الاقرب فان
كانوا جملة في مصر واحد فالقياس ان تبطل شفعته وفي الاستحسان لا تبطل لان نواحي المصر
جعلت كناحية واحدة حكما ولو كانوا في مكان واحد حقيقة وطلب عند احدهم وترك
الطلب عند الاخرين يصح طلبه كذا هاهنا اما لو كان الشفيع بحضرة هؤلاء الثلاثة والاخرار
في مصر اخر او في رستاق هذا المصر الذي الشفيع فيه فقصد الابعد وترك الطلب عند
من هو بحضرته بطلت شفعته قياسا واستحسانا لان مصرا اخر ورستاق هذا المصر لم
يجعل كمكان واحد فاذا ترك الطلب عن الاقرب بعد ترك الطلب مع الامكان فتبطل شفعته
وطلبه اي يقوم ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده واما اذا لم يكن المبيع في يده
ذكر ابو الحسين القدوري والناطفي انه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ الاسلام رحمه الله
انه يصح استحسانا وهكذا ذكره الشيخ الامام الطواويسي او على المبتاع اي المشتري اطلق
هذا ولم يقيد بان الدار في يد المشتري لان هذا اسفا وثانيا لان الطلب عند المشتري صحيح
سواء كانت الدار في يد المشتري او في يد البائع هذا كله من الذخيرة معناه اذا لم يكن من
عذر وفي الذخيرة والمغني وان ترك الشفيع الطلب الثالث يعني بعدما طلب الطلبين
ولم يرتفع الى القاضي حتى يقضي له بالشفعة هل تبطل شفعته اجمعوا على انه اذا ترك
هذا الطلب لعذر من مرض او حبس او غير ذلك لم يمكنه التوكيل بهذا الطلب انه لا تبطل
شفعته وان طالت المدة فان ترك هذا الطلب لغير عذر فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا تبطل
شفعته وان طالت المدة على قول لما تبطل اذا طالت المدة واختلفت الروايات هاهنا
في طول المدة ففي رواية عن محمد رحمه الله قدر بثلاثة ايام وفي رواية اخرى انه قدر
بشهر واحدى الروايات عن ابي يوسف رحمه الله قال شيخ الاسلام رحمه الله الفتوى
اليوم على هذا وهكذا ذكر ايضا في الجامع الصغير لقاضي خان وكان ما اختاره في الكتاب
بان الفتوى على قول ابي حنيفة مخالفا لروايات هذه الكتب وذكر في الذخيرة والمغني الشفيع
بالجوار اذا خاف انه لو طلب الشفعة عند القاضي والقاضي لا يرى ذلك تبطل شفعته
فلم يطلب فهو على شفعته لان هذا عذر وحكي عن الامام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمه
الله انه قال اذا كان الشفيع علم بالشراء وطلب طلب المواثبة ثم صحة لكن اذا قال
بعد ذلك علمت منه كذا وطلبت لا يصدق على الطلب ولو قال ما علمت الا الساعة يكون
كاذبا فالحيلة في ذلك ان يقول الانسان اخبرني بالشراء فلان ثم يقول الان اخبرت ويكون
صادقا وان كان اخبر قبل ذلك لانه احل اليه لان الشهر احل وما دونه عاجل بدليل مسالة
اليمين لنقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وما ذكر من الضرر يشكل
بما اذا كان غائبا اي اذا كان الشفيع غائبا ولا فرق في حق المشتري الى ... في لزوم
الضرر على المشتري من ان يكون الشفيع غائبا او حاضرا ثم لم يعتبر ضرره فيما اذا كان الشفيع
غائبا حيث لم يبطل حق الشفيع بتاخير هذا الطلب وهو طلب الخصومة وفي الذخيرة فاذا كان
الشفيع غائبا فعلم بالشراء فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم ان له من الاجل على قدر المشتري

الى المشتري او البايع او الدار المبيعة بطلب الاشهاد في المعتبر روايه امضى ذلك الاجل وهو
عند المشتري الى احد هذه الاشياء قبل ان يطلب هذا الطلب او ان يبعث من يطلب فلا
شفعة له فان ترك المصر الذي فيه الدار وبعث المشتري وطلب الشفيع طلب الاشهاد
في المعتبر عند البايع اذا كان الدار في يده او عند الدار يشترط ترك الطلب الاخر فانه يبطل
شفعته وان طال ذلك بلا اختلاف لانه انما ترك هذا الطلب لعذر لانه لا يمكنه اتباع المشتري
ليخاصمه ويأخذ منه فهرب المشتري الى مصر اخر وترك هذا الطلب لعذر فانه لا يمكنه الاوجه
يبطلان الشفعة وقوله لا يبطل شفعته بالتاخير اي بتاخير هذا الطلب وهو طلب
الخصومة التي كان وعدها قبل هذا انا دعا الشراء وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول
الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا ويبين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها
بدار لي ويبين حدودها فمره بتسليمها الي وانما بين هذه الاشياء لان الدعوى انما تصح في
المعلوم واعلام العقار بهذه الاشياء فبعد ذلك يسال القاضي ان المشتري قبض الدار ام
لا لانه اذا لم يقبضها من البايع لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البايع فاذا ذكر القبض
ينبغي ان يساله باي سبب يدعي الشفعة وهذا لان اسباب الشفعة مما يختلف فيها العلماء
بعضهم قالوا ثبتت للجار المقابل وهو قول شريح وذكر في المبسوط اذا كان اقرب بابا
وعندنا الشفعة على مراتب فلا بد ان يبين سببها لينظر القاضي انه مدعيه سببا هل هو
وبعد ان يكون سببا هل هو محجوب لغيره واذا بين الدعوى انه ليس بمحجوب لغيره ساله
القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت وانما اختار الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل
مقطوع به والشفعة تبطل بترك الطلب بعد وصول الخبر اليه وانما يساله القاضي
عن وقت الاخبار او عن وقت العلم حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت
العلم او من وقت الاخبار الى وقت المرافعة الى القاضي فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ثم اذا ساله
عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او قال حين اخبرت من غير تاخير ساله عن طلب
الاشهاد هل طلبت الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم ثم ساله الذي
طلب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان لم يشهد وقد صح ثم اذا تبين
ما يصح عنه الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسال القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعي
فان انكر ان يكون هو شفيعها وانكر سبب شفعته فان كان المدعي ادعى الشفعة بسبب
الجوار والمدعى عليه انكر ان يكون المدعي جارا للدار المشتراة وان يكون الدار بجنب الدار ملكه
المشتراه ملك المدعي فالقول قوله وان كانت تلك الدار في يد المدعي وعلى المدعي ان يقيم
البينة على ان تلك الدار ملكه لان اليد محتملة يحتمل ان تكون يد ملك ويحتمل ان تكون
يد اجارة او اعارة والمحتمل لا يصلح حجة اقصى ما فيه ان الظاهر ان يده يد ملك ولكن
الظاهر يكفي لابقاء ما كان على ما كان ولا يكفي للاستحقاق اذ لم يكن حاجته الى استحقاق الشفعة
على المشتري والظاهر لا يكفي لذلك وان لم يكن له بينة واراد استحلاف المشتري بالله
ذلك لانه هو المنكر في الحقيقة ثم على قول ابي يوسف رحمه الله يستحلف على العلم وعلى قول
محمد رحمه الله على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وصار
كما لو ادعى الملك بسبب الشراء او غيره وهو منكر فهناك يحلف على البتات وكذا هاهنا فبعد
ذلك ينظر ان كان المدعى عليه مقرا ان المدعي طلب المواثبة وطلب الاشهاد فقد ثبت
ما ادعاه وان كان منكرا وجب على المدعي اقامة البينة على ذلك وكذلك في غيره كذا في الذخيرة
وهذا الذي ذكرته ابين مما احال بيانه على الكتاب المرسوم بالتجنيس والمزيد وهما جميعا
اسم كتاب واحد للمصنف رحمه الله في الفتاوى **قوله** رحمه الله ولا يكلفه
اقامة البينة اي ان لم يعرف المشتري ملك الذي يشفع به ملك الشفيع هذا هو ظاهر
الرواية فانه لا يقضي القاضي له بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن ابي يوسف رحمه

الله

[illegible]

ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا قال ليس عندي الثمن او قال احضر غدا

قوله

فصل في الاختلاف

فان قلت

قلت

وبإسقاط حق الشفيع أي حق الشفيع الذي يتعلق بالبيع فما قال البائع بمقدار الثمن أنه لو تحقق استيفاء الثمن كان البائع والأجنبي أجنبيا من هذا البيع لأن هذا الكلام لما أدى إلى تسليم الدار إلى المشتري واستيفاء الثمن إلى البائع كان البائع والأجنبي في حق هذا العقد سواء فكلام الأجنبي لا يسمع في حق مقدار الثمن فكان قول هذا البائع بيان هذا لما ذكرنا في الدخول وقال وإذا كانت الدار في يد المشتري فقال البائع بعتها إياه بألف درهم واستوفيت الثمن وقال المشتري اشتريتها بألفين أخذها بألفين والفرق أن البائع إذا بدأ بالإقرار بالاستيفاء لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد ذلك لأنه لم يبق بعد استيفاء الثمن وتسليم الدار إلى المشتري ذا حظ من هذا الوجه بل صار كالأجنبي ولو أن أجنبيا بين مقدار الثمن لا يصح بيانه كذا هاهنا وإذا بدأ ببيان مقدار الثمن لا يصح منه الإقرار بالاستيفاء بعد ذلك لأن قبل الإقرار بالاستيفاء تعين أن مقدار الثمن منه لم يصح لأنه لم يبق ذا حظ من هذا العقد فلا يصح الإقرار بالاستيفاء أي في حق الشفيع في حق المقدار صيانة لحق الشفيع وإذا لم يصح الإقرار بالاستيفاء بقي بيان مقدار الثمن صحيحا لأنه بين مقدار الثمن وهو ذو حظ في هذا العقد لأن له الاستيفاء بحكم هذا العقد وذكر فهو نظير ما قال الوصي له استوفيت جميع ما للميت على فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان علي ألفا درهم وقد استوفيت جميع ذلك فالوصي ضامن للألفين ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت من الغريم ألف درهم وقد استوفيت الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بيننا وهو أن البائع إذا بدأ بالإقرار بقبض جميع الثمن قبل أن يبين إقراره بعد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو كأجنبي فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن فيكون القول قول المشتري وأما إذا بدأ ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر أن الثمن ذلك القدر لأن الشرع جعل القول قوله ما لم يصل إليه الثمن وثبت للشفيع حق الأخذ به بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه بإقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وذكر في الإيضاح وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وهو أنه ألف فالقول قوله لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله والله أعلم

فصل فيما يأخذ به الشفيع

لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يأخذ به وهو الأصل لأنه هو الذي يأخذ به المشفوع من الثمن الذي يؤديه الشفيع والثمن ثم لأن الثمن ما بقي إلا الذي من بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بحق العقد وذلك لأن جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فإما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن إلحاق حط الجميع بأصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض وإن زاد المشتري البائع لم يلزم الشفيع الزيادة لأن الشفيع قد استحق أخذها بالثمن الأول فبعد الزيادة لو لزمه يصير شيئا للبائع والمشتري لا يملك إبطال الحق الثابت له فلا يملك بعضه أيضا وفي صحته أن هذه الزيادة تلزم لنفسه شيئا للبائع ولا يلزم للشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل الزيادة في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه لو جدد بيعا مع البائع بأكثر من الثمن الأول صح ذلك في حقه ولا يعمل في حق الشفيع أن يأخذ بالثمن الأول

فإن قلت ما وجه الفرق بين هذا وبين البيع مرابحة فإن هناك استوى الحط والزيادة في حق الالتحاق بأصل العقد وفي حق الشفيع افترق حيث يلتحق الحط بأصل العقد دون الزيادة **قلت** الفرق فيه هو أن بيع المرابحة غير مستحق على المشتري فلم يصح التزامه الزيادة في حكم بيع المرابحة إبطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة فإنا لو ألحقنا الزيادة بأصل العقد في حق الشفيع يلزم إبطال حق ثبت للشفيع بأقل من ذلك الثمن هذا كله من المبسوط وغيره التحاق الحط والزيادة بأصل العقد

[illegible]

[illegible]

طاهر في مسألة أخرى أيضا أما في الحط فإن الشفيع إذا أسلم الشفعة ثم حط البائع
من الثمن شيئا فله الشفعة لأن الحط يلتحق بأصل العقد فكان كما لو أخبر بالبيع بألف فسلم
ثم كان البيع بخمسمائة وأما في الزيادة فإن الشفيع إذا أسلم الشفعة ثم زاد البائع بعد
ذلك في البيع عبدا أو أمة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها أي بحصة الدار من الثمن
لأن الزيادة يلتحق بأصل العقد فتبين أن حصة الدار من الثمن أقل مما علم الشفيع كذا
ذكره في الفصل العاشر من شفعة الذخيرة ومن اشترى دارا بعرض أخذها بقيمة العرض المتاع الذي
هو من ذوات القيم كالعبد لا من ذوات الأمثال كالحنطة والشعير فإن فيها يأخذ الشفيع
بمثلها لا بقيمتها أخذ الشفيع بقيمته أي أخذ الشفيع الدار بقيمة العرض العرض التي كانت
هي وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة هكذا ذكر في الفصل الخامس من شفعة الذخيرة
لأنه من ذوات القيم إنما تعرف بالحزر والظن وذلك يمنع من استحقاق الشفعة الأترى
أن الشفيع لو سلم شفعته الدار على أن يأخذ من الدار بيتا هذا التسليم باطل فكان له أن
يأخذ جميع الدار وإنما يبطل تسليمه حتى لا يستحق شفعة البيت المعين منفردا لكون قيمة
البيت ما تعرف إلا بالحزر والظن وذلك يمنع من استحقاق الشفعة الأترى أن الشفيع
لو سلم شفعته الدار على أن يأخذ من الدار ثلثا منها أو نصفا منها والتسليم جائز والأخذ
جائز فكان له أن يأخذ الثلث أو النصف لأنه أخذ شيئا معلوما بشيء معلوم لأن ثمن نصف
الدار أو ثلثها معلوم بيقين بخلاف قيمة العبد في مسألتنا تعرف بالحزر والظن فيجب
أن لا يستحق بها الشفعة **قلت** قضية القياس أن لا يأخذ الدار بقيمة العبد
إلا أنا تركنا القياس للضرورة لأن بيع الدار بالعبد قد صح وإذا صح البيع وجبت الشفعة
ولا يمكن الأخذ إلا بقيمة العبد فأوجبنا الأخذ بالقيمة لهذه الضرورة ومثل هذه الضرورة
لا يأتي في مسألة البيت لأن أخذ البيت بثمن معلوم ممكن للشفيع لجواز سقوط الجهالة
للضرورة لا يدل على جواز سقوطها له بأن أخذ الشفيع الدار بقيمة العرض عندنا
وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار كذا ذكر في المبسوط وذكر العبد مكان العرض
فقال وإذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بقيمة العبد عندنا وقال
أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار لأن البيع مضمون بنفسه أو بما يقابله من المسمى
الأترى أن في البيع الفاسد لما تعذر وجوب المسمى كان مضمونا بنفسه أو بما يقابله من
المسمى وقد تعذر هاهنا إيجاب المسمى في حق الشفيع لأنه لا مثل له من جنسه فوجب المصير
إلى الضمان الأصلي وهو قيمته بنفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وإنما يندفع الضرر
عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه وملكه عند الأخذ رقبة الدار وحجتنا في ذلك
أن الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري والمثل إما أن يكون من حيث الصورة أو في معنى
المالية فإذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله صورة وإن كان مما لا مثل له
من جنسه يأخذه بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عند تعذر رد العين يرد
المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له فإن مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء
لفوات القبض المستحق بالعقد فإن العقد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع
أن يأخذ بقيمة العبد عندنا وقال زفر رحمه الله ليس له أن يأخذها بالشفعة لأن العقد
قد انتقض من الأصل بهلاك العبد قبل التسليم وحجتنا في ذلك أن بدل الدار في حق الشفيع
قيمة العبد وهو قادر على أخذها له بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاكه إلا انفساخ
العقد بين البائع والمشتري وذلك لا يبطل حق الشفيع على ما بينا بخلاف استحقاق العبد
فإنه تبين به أن أصل البيع لم يكن صحيحا فإن صفة لم تثبت وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع
الخيار إن شاء أخذها بثمن حال أو إلى أجله وقال في الذخيرة هذا إذا كان الأجل معلوما وأما
إذا كان الأجل معلوما وأما إذا كان مجهولا كالحصاد والدياس وأشباه ذلك فقال
الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد وحق الشفيع

لا يثبت

لذا في شرح الطحاوي رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله وبالتخيير الذي ذكره ابو يوسف
رحمه الله الا ان عنده اي عند الشافعي رحمه الله يعني ان الشافعي في حق هذا التخيير الذي
ابو يوسف معه ولكن للشافعي رحمه الله قول اخر وهو ان يقلع الشفيع ويعطي قيمة
البناء بعد القلع وصار كالموهوب له اذا بنى في الارض الموهوبة ليس للموهوب ان يقلع
بناه لا يرجع في الارض لاناه في ملكه وكذلك المشتري شراء فاسدا وكما اذا ازدرع المشتري
يعني ان المشتري اذا ازدرع الارض المشتراة ثم حضر الشفيع وطالبه بالشفعة لم يكن للشفيع
ان يقلع الزرع بالاتفاق فيجب ان يكون في البناء كذلك ولان الضرر الواقع على المشتري
بقلع الزرع والبناء وهنا اي وهذا المدعى الذي قلناه وهو ان يكلف المشتري بقلع البناء
ان في ايجاب الاخذ بالقيمة اعلى الضررين فيحمل الادنى فيان هذا ان هاهنا اجتمع ضرران
احدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن على الشفيع في قولنا اخذها الشفيع بالثمن
وقيمة البناء والثاني على المشتري وهو ضرر قلع بناء المشتري من غير عوض يقابله
بانه وهو مما قاله ابو حنيفة رحمه الله ومحمد لان الضرر الذي يلزم الشفيع اهون
من ضرر المشتري لانه لو لزمهم على الشفيع زيادة على الثمن الذي اشترى به المشتري لكن
لا يخلو ملك الشفيع عوض مقابلة تلك الزيادة وهو البناء والغرس واما على قولكم
يبطل ملك المشتري بالقلع من غير شيء يقابله فكان ضرر الشفيع اهون من ضرر المشتري
فكان القول به اولى بهذا الطريق الى ما اشار في المبسوط تعلق به اي بالمحل فقوله
تعلق به الحق متاكد للغير وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق كل واحد منهما
احتراز عن بناء الموهوب له وبناء المشتري بالشراء الفاسد بالبيع والهبة لحق الواهب
لذلك هاهنا يجب ان ينقض تصرف المشتري في الارض المشفوعة بالبناء وكذلك الواهب
والبائع بالبيع الفاسد لا ينقض بناء الموهوب له والمشتري الفاسد لان ذلك البناء
حصل بتسليط الفاسد واما هاهنا فبناء المشتري لم يكن بتسليط الشفيع فينقض بخلاف
الهبة اي ولا يبقى حق الرجوع للواهب بعد بناء الموهوب له بالاتفاق وبخلاف شراء
الفاسد عند ابي حنيفة رضي الله عنه واما فقد يقول له عنده عدم جواز استرداد البائع
في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشترى فيه مختصر على قول ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يسترد البائع هناك بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية ومسالة اذا بنى
البائع في الشراء الفاسد في المسائل التي خطا فيها ابو يوسف محمدا في حفظ الرواية وقد
مر في البيع الفاسد ولان حق الاسترداد فيهما اي في الهبة والبيع الفاسد وهذا الحق
اي حق الشفعة فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاسترداد وهذا جواب عن قول ابي يوسف
رحمه الله بان الشفيع لو اخذ الارض المشفوعة الذي بنا فيها المشتري انما ياخذها
بالثمن وقيمة البناء لا اعتبار اي لا معنى لايجاب القيمة على الشفيع فلا يجب كما لا يجب القيمة على
المستحق فان الشفيع عند له المستحق والمشتري لو بنى او غرس ثم انه استحق يرجع بالثمن
وقيمة البناء والغرس على البائع لا على المستحق فكذا هاهنا لا يرجع على الشفيع بقيمة البناء
والغرس واما الجواب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلا الضررين الى اخره
مما ذكر في المبسوط بقوله ان حق الواهب والبائع في البيع الفاسد ضعيف لانه لا يبقى
بعد تصرف الموهوب له والمشتري بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع اعظم
الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في اصل الاحق ولا مساواة لحق الشفيع
مقدم على حق المشتري بعد البناء الذي قد حل في ملكه وربما لا يكون موافقا له فيحتاج
الى المؤنة في ذلك البناء ثم ينقض على الوجه الذي يوافقه **فان قلت** ما الفرق
بين بناء المشتري في الارض المشفوعة وبين ما اذا اشترى دارا وصبغها باصباغ كثيرة ثم
جاء الشفيع فهو بالخيار ان شاء اخذها بالشفعة واعطاه ما زاد فيها وان شاء ترك
وهو بالاتفاق ذكرها في العيون **قلت** قيل هو ايضا على الاختلاف كما في البناء

[illegible]

ولو كان على الاتفاق فعن محمد رحمه الله ايضا البنا في العيون لا يلحق المشتري كثير
ضرر لانه يسلم له النقض ولا كذلك اذا نقض الصبغ الى هذا اشار في الذخيرة والفرق على
ما هو المشهور اي الفرق اي المشتري عند ظهور الاستحقاق يرجع على بائعه بقيمة البناء
والشفيع لا يرجع على المشتري عند ذلك بقيمة البنا هو ان المشتري مغرور من جهة البائع
فيرجع عليه بالثمن وقيمة البنا لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم السلامة ولا غرور
في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على صاحب اليد جبرا من
غير اختيار فلا يرجع ونظير هذا الجارية اذا اشتراها رجل واخذها اي المالك القديم
بالثمن واستولدها ثم استحقت من يده رجع على الذي اشترى من اهل الحرب بالثمن الذي
دفعه اليه ولم يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف الشرا اذا اشترى جارية فاستولدها
ثم استحقت فالمشتري يرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع المغرور كذا في المبسوط واصل
المسالة في البيوع فان المذهب عندنا ان الثمن يقابله الاصل دون الاوصاف
حتى ان فوات الوصف في يد البائع من غير صنع احد لا يسقط شيئا من الثمن وعند
الشافعي رضي الله عنه يسقط في احد القولين وكذلك فوات الوصف في يد المشتري
من غير صنع احد لا يمنعه من البيع مرابحة على جميع الثمن عندنا وعند الشافعي رحمه الله
يمنعه من ذلك بخلاف ما اذا اعرض نصف الارض حيث ياخذ البا في بحصته فالتقييد
بالنصف لاخراج غير من هذا الحكم انتزعه لوضع المبسوط ثم ذكر في المبسوط وان
الحكم في الثلث غير كذلك وقال فيه واذا اشترى دارا فغرق نصفها فصار مثل الفرات
يجري فيه الما لا يستطاع رده ذلك عنها فللشفيع ان ياخذ ذلك بحصته من الثمن ان
شا لان حقه ثابت في الكل وقد تمكن من اخذ البعض فياخذ بحصته من الثمن اعتبارا
للجزء بالكل والشافعي رحمه الله في كتابه يدعي المناقضة علينا في هذا الفصل
ويقول انهم زعموا اذا احترق البنا لم يسقط شي من الثمن عن الشفيع فاذا غرق
بعض الارض يسقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الما دون النار وانما قالوا
ذلك لغفلة الفقه والبنا قبل فان البنا وصف وتبع وليس بمقابلة الوصف شي من الثمن
اذا فات من غير صنع احد فاما بعض الارض فليس بتبع للارض فلا بد من اسقاط حصة
ما غرق من الثمن عن الشفيع او يتاخر ذلك الى ان يتمكن من اخذه والانتفاع به
ولهذا قلنا في حق احتراق البنا من غير صنع احد لا يسقط شي من الثمن ايضا لما قلنا
ان البنا وصف وتبع بخلاف الارض فافهما اصل ثم قال فان قال المشتري ذهب منها
الثلث اي ثلث الارض بالغرق والشفيع ذهب النصف فالقول قول المشتري وياخذه
الشفيع بثلثي الثمن ان شا وكذلك لو استحق نخيل بعضها وسلم الشفعة فطلبها
الجار بالشفعة اخذ بالشفعة ما بقي بحصته من الثمن والقول قول المشتري في مقدار
المستحق من الباقي لان الشفيع يدعي حق التملك عليه في الباقي بثمن ينكره المشتري
وان نقض المشتري البنا اي البنا الذي كان بناه البائع فليس للشفيع ان ياخذ النقض
لانه قد زايل الارض وهو في نفسه منقول لا يستحق بالشفعة وان كان لاحقه قبل الانفصال
بالارض فاذا زال ذلك لم يكن له في البنا حق ولم يذكر في الكتاب ما اذا هدمه
اجنبي وجعل في المبسوط حكم هدم الاجنبي وحكم هدم المشتري سوا فقال بعدما ذكر حكم
هدم المشتري بانه يقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البنا يوم وقع الشرا فياخذ الارض
بحصتها من الثمن قال وكذلك لو استهلكه اجنبي فاخذ منه المشتري قيمته فان سلامة
بدل البنا للمشتري بمنزلة سلامته ان لو هدمه وما كان مركبا فيه كالابواب والسرر
المركبة على ما عرف من ولد المبيع يعني ان الجارية اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري
يسري حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد مملوك المشتري كالام ولا ياخذ الثمن في الفصلين
لانه لم يبق شيئا لان تبعيته انما كانت للاتصال ولم يبق متصلا قال في الكتاب اي مختصر

القدوري

القدوري وهذا جواب الفصل الاول وهو اذا ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اما في الفصل
الثاني وهو اذا ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر وهذا الذي ذكره كله هو جواب
ظاهر الرواية فاما ابو يوسف رحمه الله في قوله الاول [illegible] ذكر في باب الشفعة في الاملا
[illegible] المبسوط واذا اشترى ايضا النخل بعينها [illegible] في يده فاكلها سنين
ثم حضر الشفيع فانه ياخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شا وكان ابو يوسف رحمه الله
يقول يحط عن الشفيع حصة ما اكل المشتري من الثمن لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع
المشتري قبل التسليم [illegible] لو اكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري
حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمن الموجودة عند العقد وكذلك في حق الشفيع وجه
[illegible] الثمار الحادثة يمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يتبين [illegible]
الموجودة [illegible] في حق الشفيع واما وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع اليه ابو يوسف
رحمه الله ان المشتري يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما ياخذها بمثل ما يملك
المشتري وهذا لان الحادث من الثمار بعد العقد لا حصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا
عند العقد ولا عند القبض والانقسام يكون باعتبارهما ولو كانت قائمة في يد المشتري
[illegible] الاصل فيبيع الكل مرابحة فاما تناول ذلك لم يكن له ان يبيعه مرابحة
[illegible] الا ان يكون اتفق عليه مثل ما اكل وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند
العقد اذا احدثها المشتري [illegible] الموجودة حصة من الثمن ولا [illegible] الشفيع [illegible]
[illegible] عن الشفيع حصتها من الثمن وذكر في الايضاح وكانت الثمن قائمة
في يد المشتري واستهلك الثمن او هلكت في يده سقط عن الشفيع حصته من الثمن
[illegible] وعليه [illegible] حصتها عن الشفيع ولو [illegible] في يد المشتري [illegible] الشفيع
[illegible] في النخل فله ان ياخذ الكل بالثمن الاول [illegible] وعليه فان اخذها المشتري
[illegible] الشفيع والثمن قائمة او مستهلكة اخذ الارض والنخل بجميع الثمن ان شا بخلاف
ما اذا احدث في يد البائع مثل القبض فانما هلكه البائع انه يرفع عنه الحصة لان ما صار
قبل القبض له حصة على اعتبار [illegible] مقصودا بالقبض او [illegible] البائع واذا
[illegible] المشتري لم يرد عليه مقصود ولا يثبت له الحصة والله اعلم بالصواب

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

[illegible] ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب فيه الشفعة بعد ذكر نفس الوجوب [illegible]
[illegible] اذ اسبق ذكر [illegible] الشفعة [illegible]
[illegible] من دارا وضيعة وان كان مما لا يقسم [illegible] وان كان مما [illegible]
[illegible] حصته لا ينتفع به كالحمام والرحى بخلاف الارض وقال الشافعي لا شفعة
[illegible] والخلاف [illegible] الى اصل [illegible] من اصل الشافعي رحمه الله
[illegible] الشفعة لدفع ضرر [illegible] القسمة وذلك [illegible] الا [illegible] القسمة وعندنا
[illegible] سو الجوار [illegible] على الدوام وذلك [illegible] القسمة [illegible] لاتصال
[illegible] ما لا [illegible] والضرار [illegible] ما روي من الحديث في الكتاب
[illegible] جابر رضي الله عنه [illegible] لو كانت [illegible] اصل [illegible]
[illegible] الشفعة [illegible] بالشفعة [illegible] كالمقصود
[illegible] الشفيع في الرحى والحمام ما كان [illegible] من [illegible]
[illegible] الا [illegible] ان الحمام [illegible] الشفيع [illegible] من البنا [illegible]
[illegible] ياخذ [illegible] في باب الشفعة في [illegible]
[illegible] في بيع [illegible] المركب [illegible] في البيع [illegible]
[illegible] الحايط [illegible]
[illegible] حايطي او حايطي [illegible]

الرجل دار وله عبد ماذون هو شفيعها واذا كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين فلا
شفعة له لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين كما ان البايع لا ياخذ ما باع بالشفعة في هذه الدار
بذلك عنه واذا كان عليه دين فالغرما احق بكسبه وللغرما احق بالاخذ بالشفعة في هذه الدار
بذلك العبد له ان ياخذها لمنفعتهم وصحته ان الاخذ بالشفعة في هذه الدار وكذلك العبد
لانه له الشرا في شرا العبد وشري العبد من مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان
عليه دين فلذلك حكم الاخذ بالشفعة وعلى هذا اذا باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه
دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة وان كان له لانه
معه كان لغرمائه والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب مثل ما ملك به المشتري في صورته
في ذوات الامثال او قيمته في غير ذوات الامثال الى اخره وعند الشافعي رحمه الله فيها الشفعة
وكذلك عند ابن ابي ليلى وهو قوله شافي اي وقول الشافعي رضي الله عنه انما اي فيما اذا جعل
شقصها من دار لانه لا يرى الشفعة بالجوار او بما يضاهيه او بما يضاهي الاجر المهر كبدل الخلع
والاجر اي اذا جعل شقصا من دار بدل الخلع والاجرة في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية
لا يتحقق منها اي ولا يتحقق المعنى الخاص المطلوب في الدم والخلع والاولى بتعليل هذه المسالة
ما يملك به في نكاح المشفوع فقال وجوب الشفعة مختص بمعاوضة مال بمال مطلق والبضع
ليس بمال وكان المملوك صداقا بمنزلة الموهوب ولا يجب فيه الشفعة وهذا لان الشفيع انما يملك
مثل السبب الذي يملك به المشتري فان المشتري وقدم الشفيع على المشتري في اثبات الحق له بذلك
السبب لا في اثباته بسبب اخر فلهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لانه لو اخذه لعوض وكان سببا
اخر غير السبب الذي يملك به المتملك ولذلك ها هنا المراة انما ملكت الدار بالنكاح صداقا ولو اخذ
الشفيع كان شرا وكان سببا اخر بخلاف ما اذا اشتراها بعقد فان الشفيع اخذها بمثل ذلك السبب
وانا قلت هذا اولى لان الصفقة المضافة الى المشتري تنتقل الى الشفيع عند الاخذ بالشفعة
على ما ذكرنا وذلك انما يكون ان لو كان ما ياخذه الشفيع مثل ما ياخذه المشتري من كل وجه وذلك
لا يتحقق فيما اخذ الشفيع الشفعة فيما جعلها صداقا للمراة لانه بمنزلة المفروض اي لان المهر
الذي فرض بعد العقد بمنزلة المفروض في العقد او الى المفروض بعد العقد لان كل واحد منهما
مقابل بالبضع اي المهر المفروض بعد العقد بمنزلة المهر المفروض في حال العقد في حق التنصيف
في الطلاق قبل الدخول في ظاهر الرواية بالاجماع على ما مر في كتاب النكاح فان تزوجها ولم
يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية مهر لها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة لا نصف ما
المفروض بعد النكاح لانه ثبت دلالة فكان مالا بما لا يتعلق هذه المبادلة بالبضع والدليل على هذا
انه لو طلقها في هذه الصورة قبل الدخول لم يلزمها شي من الدار على الزوج وانما يلزمها شي من
الدار وما فرض القاضي مهرا لها يجب من ذلك المقدر وبعطية الفضل على ذلك بخلاف
ما اذا جعلها مسمى لها فان هناك يعطيه نصف المسمى كذا في شفعة المبسوط يعني ان المضارب
اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح صورته اذا كان راس المال الفا
فاتجر المضارب وربح الفا ثم اشترى بالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالفين فان رب
المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لراس المال فليس في مقابلة
راس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حصته
والبيع بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجي ان شا الله تعالى فكذا في حصة الربح وهو التبع وفي
الايضاح والمغني ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواكان
في الدار ربح او لم يكن لان المضارب باع الدار لرب المال وقد عرف ان المضارب وكيل رب المال
بالبيع فلا شفعة فيه وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار له اخرى
فله ان ياخذ الشفعة لان شرا المضارب وان وقع له ولكن في الحكم كان مال ثالث الا ترى انه لا
يقدر ان ينزعه من يده فيكون له ان ياخذه وذكر محمد رحمه الله في المسالة الاولى وليس اذا كان رب
المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل بالبيع من حصته الا ترى ان رجلا

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

الدخيل

لو رهن من آخر دارا وسلط العدل على بيعها اذا حل اجل الدين حتى يستوفي بالدين من الثمن لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع وان باعها العدل والراهن شفيعها بدار له اخرى لم يكن للراهن ان يأخذها بالشفعة لان العدل وكيل للراهن بالبيع ثم ان الراهن لا يملك نقضه عن البيع وقوله في حصة الربح اي في حصة رب المضارب **قوله** رحمه الله هكذا ذكر في اكثر النسخ المختصر والصحيح ان يصالح عنها بمعنى عطف في المختصر **قوله** رحمه الله او يصالح عليها بانكار على الصورة التي منها فما ذكر فيه وهو قوله ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها الى ان قال او يصالح عليها بانكار رجحت لحق هذه الصورة بالصورة التي لا تجب فيها الشفعة وليس كذلك انما كان عدم وجوب الشفعة في الصلح على الانكار فيما اذا كانت الدار مصالحا عنها ولا مصالحا عليها لان الصلح اذا وقع على الدار وجبت الشفعة في الاحوال الثلاثة من اقرار وانكار وسكوت والفصل بين الاقرار والانكار فيما اذا وقع الصلح على الدراهم عن الدار لانه ذكر في الفصل الثالث من شفعة الذخيرة واذا ادعى حقا على انسان وصالحه المدعى عليه اي على المدعى عليه على دار فللشفيع ان يأخذ الدار بالشفعة سواء كان الصلح عن انكار او عن اقرار اي على المدعى عليه في دار ويدخل السكوت تحت الانكار وانما تثبت الشفعة هنا لان الملك بالشفعة يقع على المدعي وفي زعم المدعي انه ملك هذه الدار عوضا عما هو عين مال مثل لو ادعى دارا في يد رجل وصالحه المدعى قبله على ان يعطيه المدعى قبله دراهم ويترك الدار على المدعى قبله ينظر ان كان الصلح على اقرار المدعى قبله فللشفيع الشفعة وان كان الصلح على انكار فلا شفعة للشفيع لان الملك بالشفعة هاهنا يقع على المدعى قبله واذا كان الصلح على اقرار ففي زعمه انه يملك الدار بعوض هو عين مال واذا كان الصلح على انكار ففي زعمه انه لا يملك الدار بعوض اصلا وانما دفع الدراهم فداء عن اليمين فاذا في الفصول كلها يعتبر زعم من يقع الملك عليه بخلاف ما اذا صالح عنها بانكار حيث فيها الشفعة وكذلك اذا كان اقام المدعي البينة حيث يجب فيها الشفعة لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار كذا في المبسوط لانه اخذها عوضا اي لان المدعي اخذ الدار المصالح عليها عوضا عن حقه في زعمه اي وحق المدعي في زعم المدعي اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس حقه وانما قيد به لانه اذا كان من جنسه يكون اخذا حقه فلا يكون معاوضة فلا تجب الشفعة ولا شفعة في هبة لما ذكرنا وهو قوله مثل هذا في الكتاب بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا لانه كالاخبث في تمليك الشيء من عوض ولكن ليس بمال كالبضع في النكاح والشفعة في الاحالة لها فانه لا تجب في تمليك الدار التي لا عوض منها ولكن ليس بمال كالبضع مقابلها اصلا اولى وهذا عندنا وقال ابن ابي ليلى الموهوب يستحق بالشفعة اذا كان مما لا ينقسم فيما يأخذ الشفيع بقيمة نفسه ان لم يعوض الموهوب له الواهب وان عوضه فبقيمة العوض فانه يقول ثبوت حق الشفعة لحاجة الى دفع ضرر الدخيل بسوء المجاورة الدار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فيجب له الشفعة متى تجدد الملك للجار حادث باي سبب كان من هبة او صدقة او وصية الا الميراث فان الملك لا يتجدد به وانما يبقى للوارث ما كان ثابتا للمورث ولكنا نقول حق الشفعة انما يثبت له اذا كان يمكن من الاخذ مثل السبب الذي يملك به المتملك فاما اذا عجز عن ذلك فلا يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على ان يأخذ مثل ذلك السبب لان الموهوب له يملكه بطريق التبرع وانما يلزمه الشفعة بطريق المعاوضة فيكون هذا اثباتا لسبب آخر وحق الشفعة لا يثبت بهذه الولاية كذا في المبسوط الا ان يكون بعوض مشروط اي في العقد ولا بد من قبض العوضين عندنا خلافا لزفر رحمه الله فانه اذا وهب لرجل دارا على ان يهب له الآخر الف درهم شرطا فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا وبعد التقابض تجب للشفيع فيها الشفعة وعلى قول زفر رحمه الله تجب الشفعة قبل التقابض وهو على ما بينا في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض عنده وعندنا بمنزلة البيع اذا اتصل به القبض من الجانبين كذا في المبسوط بخلاف ما اذا لم يكن

العوض

العوض مشروطا في العقد اي لا تثبت الشفعة حينئذ لا في الموهوب ولا في العوض اذا كان العوض دارا لان كل واحد منهما هبة من غير عوض واوضح ذلك في الايضاح فقال لو وهب عقارا من غير عوض مشروط في العقد ثم عوضه من ذلك دارا فلا شفعة في الهبة ولا العوض لان هذه هبة اثيبت على هبته والهبة الثانية اثرت في ابطال حق الرجوع لا انه عوضا من الموهوب الاول حقيقة الا ترى انه لو وهبه عشرة وعوضه خمسة جاز ولو كان عوضا عن الموهوب لكان ربا واذا ثبت انه لا يعوض عن نفس الموهوب لم يثبت الشفعة ولكن في الاوضح فامتناع الرجوع فيما اذا عوض بدون الشرط لمكان التعويض لا لتصير وربها فالا انه منع زوال الملك عن البائع فلما كان في بقاء حق البائع منع ثبوت حق الشفيع كما في البيع الفاسد كان بقاء ملكه اولى كذا في المبسوط والشفعة تنبني عليه اي على زوال الملك عن البائع على ما مر اي في اوائل كتاب الشفعة وقوله والشفعة تجب بعقد البيع الى آخر ذلك والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الى آخر فاذا اخذها اي واذا اخذ الشفيع الدار في الثلاث اي في مدة الخيار التي هي الثلاث وانما قيد بالثلاث لتكون المسألة على الاتفاق وجب البيع اي تقرر وحق البيع الذي جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشتري بخيار الشرط لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل ينفسخ من الاصل فكان البيع متعرضا في حقه من الاصل الى هذا اشار في المبسوط ولا خيار للشفيع اي خيار الشرط الذي كان ثابتا للمشتري لا يكون ثابتا للشفيع وان كان فيه انتقال الصفقة من المشتري الى الشفيع لما ذكرنا ان الشرط انما يثبت لمن شرط له الخيار وانما شرط للمشتري لا الشفيع وانتقال الصفقة انما يكون في نفس البيع لا في شرطه والخيار لاحدهما اي لاحد العاقدين من البائع والمشتري فله الاخذ بالشفعة اي فلمن له ظاهر لانه يملكه لانه يثبت بشفعة بخيار الشرط فلما كان ملكه باقيا فيما باع كان له ولاية الاخذ بالشفعة الدار المشفعة في جنب دار هي بيع لو اخذها بالشفعة كان ذلك من البائع نقضا للبيع لانه قرر ملكه وازال البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق زوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين بذلك انه اخذها بالشفعة من غير حق له كذا في المبسوط وفيه اشكال اوضحناه في البيوع وهو الحوالة وتحقيق الاشكال غير واضحة مما فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى على انه بالخيار بيعت دار الى جانبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك الى ان قال وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة وانما الاشكال هو الذي ذكره البلخي رحمه الله وانه يدعي بهذا الفصل المناقضة على ابي حنيفة رحمه الله فيقول اذا كان من اصله المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره والاستحقاق باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستاجر والمستعير فكيف تثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار ولكن عذره ما بينا وهو ان المشتري بخيار الشرط صار احق بها من غيره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة كالمأذون اذا كانت اذا بيعت دار بجنب داره كذا في باب الخيار بالشفعة من شفعة المبسوط وذكر في الذخيرة ولو كان الخيار لهما يعني البائع والمشتري فلا شفعة للشفيع لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري واذا اخذها اي واذا اخذ الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة بخيار الشرط كان الاخذ بالشفعة اجازة منه للدار التي اشتراها بخيار الشرط فينتقض خياره ودون الثانية وهي الدار التي اخذها المشتري بشرط الخيار بطريق الشفعة له اي الشفيع لانعدام ملكه في الاولى اي لانعدام ملك الشفيع الذي حضر والدار الاولى حين بيعت الثانية وفي المبسوط واذا جاء الشفيع واخذها اي من المشتري بشرط الخيار الدار الاولى بالشفعة اي بحصته من الشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه ما يتملكه الا ان

ولا يصيرها جارا للدار الاخرى من وقت العقد الا ان يكون له دار الى جنبها الدار التي
سالمة المشتري لان اخذ الشفيع من بعد لا يبقى ملكه من الاصل ولهذا كان عهدة الشفيع
عليه فلا يثبت به لتهما قبضها المشتري او لم يقبضها اما قبل القبض فلعدم ملك البايع لها
واما بعد القبض فلعدم حق البايع في استردادها وجوب الشفعة لعدم انقطاع حق
البايع عن الدار ثم اعلم ان هذا الذي ذكره وهو انه لا شفعة في البيع الفاسد فيما اذا
وقع البيع فاسدا في الابتدا واما اذا فسد بعد انعقاده صحيحا في الشفيع يبقى على حاله
الا ترى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما
او قبض الدار ولم يقبض الخمر فالبيع يفسد وللشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة وان فسد
البيع لانه انما فسد بعد وقوعه صحيحا كذا في الذخيرة وفي اثبات حق الشفعة تقرير
الفساد فلا يجوز اي فلا يجوز الاخذ بالشفعة في البيع الفاسد **فان قلت** لم يجعل
هاهنا كما جعل في شرط الخيار للبايع حيث لا يلزم تقرير الفساد ويجوز ان يسقط المفسد من
حق الشفيع كما اسقط الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع
فيستحقها الشفيع بدون شرط الخيار على ما مر فيقال هذا ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط
وهو للمشتري دون الشفيع فكذا هاهنا يجب ان يكون كذلك ويجوز ان لا يثبت بالفساد
في حق الشفيع وان يثبت في حق المشتري لكي يصل الشفيع شفعته ولا يلزم تقرير
الفساد **قلت** لا وجه هنا لذلك لانا لو جعلنا كذلك يلزم فساد اخر فلان يكون ذلك حيث
في رفع الفساد الاول وذلك لان فساد البيع انما ثبت لمعنى راجع الى العوض اما المشترى
لخمرة او لفساد في نفسه كحل الخمر عنا فلو اسقطنا العوض لفساده فيبقى البيع بلا
عوض وهو فاسد ايضا فلا يثبت الشفعة هناك ايضا فلا فائدة في رفعه بخلاف ما اذا
جعل المفسد هو الخيار انما ثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين بل هو للتامل
والتروي فلا يلزم من اسقاط خيار الشرط للمشتري اشتراطه للشفيع فلا يثبت الخيار في حق
الشفيع لذلك فان سقط الفسخ اي فان سقط حق طلب البايع نقض البيع واسترداد الدار
وجبت الشفعة للشفيع وسقوط حق الفسخ انما يكون بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس
عند ابي حنيفة رحمه الله وبالبيع من اخر بالاتفاق وذكر في الايضاح وان سقط حق
البايع في النقض كان للشفيع ان ياخذ ما ملك منه بقيمته يوم قبض ثم قال وصورته اذا
اتصل المبيع زيادة حتى يمنع النقض كان ملك المشتري لان امتناع حق الشفعة انما
يكون لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة كما لو كان في البيع خيار
فاسقط ثم لو باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا لم يكن للبايع نقض البيع والشفيع
بالخيار ان شاء اخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور وان شاء نقض البيع الثاني واخذ
بالبيع الاول بقيمته لان المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة **فان قلت** اذا
البيع الثاني صار كان لم يكن بقول حق البايع في النقض فلا يكون للشفيع حق الاخذ
كما قبل البيع الثاني صحيح مزيل لملك المشتري فاما ينقض لحق الشفيع فيما يكون من مقتضيات
حق الشفيع لا يصلح ان يكون متصلا حقه بالاخذ بالشفعة لان انتقاض البيع الثاني
انما يكون لحق الشفيع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل به حق الشفعة كذا في المبسوط
والايضاح ويعرفهما وهي بيد البايع بعد فله الشفعة اي فللبايع الشفعة وان سلمها
المشتري فهو شفيعها اي فالمشتري يكون شفيعها لا البايع لان الملك اي المشتري
فان قلت ليس يلزم هاهنا تقرير الفساد في حق المشتري حيث اخذ الدار المبيعة
بالشفعة بسبب الدار المشتراة بالشرا الفاسد وهو ذكر مثل هذا بانه لا شفعة في البيع
الفاسد لئلا يلزم تقرير الفساد **قلت** لا يلزم لان المشتري هاهنا بعدما اخذ الدار
المبيعة بسبب داره التي اشتراها بالشرا الفاسد يتمكن من فسخ شرائه بسبب الشرا الفاسد ولا
يتسادى الدار التي اخذها بطريق الشفعة واما هناك لو قلنا بثبوت الشفعة

للمشتري

للشفيع في الشرا الفاسد كان الشرا الفاسد منتقلا الى الشفيع من المشتري بالشرا الفاسد
ويعد الفساد على ما ذكرها فكان تقرير الفساد منتقلا الى الشفيع من المشتري بالشرا الفاسد
ومن الفساد على ما ذكرها فكان تقرير الفساد **فان قلت** فلم لا يمنع بقا حق البايع
في الاسترداد لما اشتراه المشتري بالشرا الفاسد بسبب ملك الشرا بالشرا الفاسد عن استحقاق
الشفعة في الدار المبيعة بالشرا الفاسد بقا حق البايع في الاسترداد وان ثبت الملك للمشتري
قلت الاصل ان سبب استحقاق الشفعة للشفيع ثبوت ملك الدار المتصلة بالدار المشفوعة
بانه ملكه او جارا او قد وجد هذا السبب في حق المشتري بالشرا الفاسد بعدما قبض الدار فثبت
الشفعة له وتعلق حق الفسخ به بمعنى لا يمنع وجوب الشفعة للمالك كقيام حق المرتهن
بالدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها كذا ذكر في المبسوط
والذي يمنع الشفيع في تلك المسالة عن استحقاق الشفعة مجرد بقا حق البايع في الاسترداد
بل كان موضع لزوم تقرير الفساد واما هاهنا فلا يلزم تقرير الفساد على ما ذكرنا
بان المشتري يتمكن من فسخ شرائه بسبب الفساد فيستحق الشفعة لذلك ثم ان اسلم البايع
الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة له اي البايع بطلت شفعته
اي شفعة البايع لانه لم يبق له ملك فيما يشفع به بخلاف ما اذا اسلم بعده اي بعد حكم
الحاكم بالشفعة للبايع حيث لا يبطل شفعته وكذلك اذا اخذ بالشفعة بالتراضي منهم
ثم الدار الى المشتري وان استردها البايع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له للمشتري بطلت
اي بطلت الشفعة للمشتري لانقطاع الجوار قبل ان ياخذها بالشفعة وقيام السبب
للشفيع الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ثم اعلم ان هاهنا كما لا يثبت
الشفعة للمشتري فكذلك لا يثبت للذي اشترى الدار التي يشفع بها ايضا اما لا يثبت للمشتري
فلما ذكرنا انه انقطع ملكه عن التي يشفع بها قبل ان ياخذها بالشفعة وبقي ملكه
الى وقت الاخذ شرط واما في حق البايع فانه لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار فكان
البايع والمشتري هاهنا بمنزلة ما لو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل الحاكم
بالشفعة ولا للمشتري منه لان جواره حادث بعد بيع ملك الدار كذا في المبسوط وان
اشتراها بعد الحكم بالشفعة للمشتري بسبب تلك الدار المشتراة بالشرا الفاسد وبقيت
الدار الماخوذ بالشفعة على ملك المشتري وان لم يبق المشتراة على ملك المشتري ولا فرق في
هذا اي لا شفعة عند نقضا القاضي بالرد ومراده اي ومراد القدوري رحمه الله في
قوله واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بعيب بقضا قاض لان
قبله فسخ في الاصل وان كان بغير قضا الاشتري ان الرد بعيب بغير قضا يحتاج الى
رضا صاحبه او قضا القاضي بخلاف الاقالة لانها لا تتم باحدهما فكانت بيعا جديدا
في حق الثالث وفي الجامع الصغير ولم يذكر قوله وفي الجامع الصغير ان قوله ولا
شفعة في قسمة ولا خيار رؤية اي لا شفعة بسبب الرد بخيار رؤية كان هذا تكرارا
محضا من لفظ القدوري في قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية الى ان قال فلا شفعة
للشفيع ولفظ الجامع الصغير هذا يحتاج الى التفسير كما ترى فلا بد من لفظ الجامع الصغير
لئلا ينسب الى ذكر اللفظين ومعناهما واحد لانهما مثبتان اي لان هذين الخيارين يثبتان
بلا رضا فلا يتعلق لزومه بالرضا كما في البيع وفي قوله ولا نقض الرواية بالفسخ
لانه لو فسخ قوله فلا خيار رؤية عطفا على قوله ولا شفعة في قسمة يلزم ان لا يثبت
خيار الرؤية في القسمة وليس كذلك لما ذكر في الكتاب واما لا شفعة في القسمة
سواء كانت القسمة بقضا القاضي او بغير قضائه لان القسمة ليست مبادلة من كل وجه
بدليل ما ذكرنا به محرك الحبر وحق الشفعة مختص بالمبادلات واما خيار الرؤية فيثبت
في القسمة الا ان يكون التركة مكيلا او موزونا متشوها فانه لا يثبت خيار الرؤية
في غير القسمة لانه لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج الى القسمة مرة اخرى فيقع في مثله..

عن ما وقع في المرة الأولى أو مثله فلا يفسد خيار الرؤية لأنه لو رد بخيار الرؤية
ثانيًا فربما يقع في نصيبه ما يوافقه فيصح خيار الرؤية كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله

باب ما يبطل به الشفعة

ولا شك أن البطلان يقتضي الثبوت سابقًا أما صورة وأما معنى فلذلك ذكر هذا
الباب بعد ما ذكر مناسبة الشفعة وذكر في الذخيرة تسليم الشفعة قبل البيع لا
يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط إليه هذا الحق
أو لم يعلم لأن تسليم الشفعة إسقاط حق ألا ترى أنه يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد
وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق أما لا يعتمد علم المسقط ولا علم المسقط إليه كالطلاق
والعتاق وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته
فإن قلت ذكر ترك الإشهاد هاهنا متصلًا بالشفعة وذكر هذا في باب طلب الشفعة
أن الإشهاد ليس بلازم وإنما هو لنفي التجاحد كذا في الذخيرة وغيرها أن الإشهاد ليس بشرط
وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري
هذا الطلب يمكن الشفيع لأنه شرط لازم ولما لم يكن الإشهاد شرطًا لازمًا على ظاهر
الرواية لا يكون تركه مبطلًا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلت يحتمل أن
يريد في الإشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد
في حق علم الإشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب إشهادًا والدليل على هذا ما ذكره
في التعليل لأنه ترك طلب المواثبة مثل ما ذكر من التعليل هاهنا وإن صالح من شفعته
على عوض أخذه اعلم أن صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه في وجه يصح وهو أن
يصالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته وهو أن يصالح
على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعته لأنه
لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ عن الشفعة بهذا الصلح وفي وجه تبطل شفعته
ولا يجب المال وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري في الدار
تخيير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح وحق الشفعة ليس بمال ولا يؤول إلى مال
بحال فلا يعتاض عنه بالمال بخلاف القصاص فإن نفس القاتل كانت
مباحة في حق من له القصاص وبالصلح يحدث له العصمة في دمه فيجوز أن يلزمه
العوض بمقابلته كذا ذكر في كتاب الصلح في الشفعة من صلح المبسوط ولا يتعلق إسقاطه
بالجائز من الشرط أي الشرط الملائم وهو أن يتعلق إسقاطه الشفعة بشرط ليس فيه
ذكر المال بأن قال الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار أو الأرض إن بعتها أو آجرتها
أو أجرتها أو دفعتها مزارعة أو معاملة إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله
في الجامع الصغير فبالفاسد أولى وشرطه لا يمنع صحة التسليم هذا نص شمس الأئمة
قبل باب الشهادة من شفعة المبسوط ثم المراد من شرط المال والتسليم الذي يصح التسليم
به ما إذا شرط مالًا آخر سوى بعض الدار لما إذا شرط بعضها بعضًا منها لا تبطل شفعته
على ما ذكرنا من المبسوط وهكذا ذكر في المغني فقال وإن سلم الشفعة على أن يأخذ
من الدار شيئًا بعينه أو يأخذ بعضًا غير معلوم وفي هذا الوجه التسليم باطل وله
باطل وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك أو يدع بمرة لا فرق بين هذا وبين ما إذا سلم
الشفعة على ما لا أصلًا حتى لو وجب الدار كان التسليم جائزًا وهنا قال التسليم لا يصح والعوض
مسمى لا يسلم للشفيع في المسألتين ومعنى الفرق ظاهر وهو أنه لما سلم الدار على أن يأخذ
ما لا آخر فقد أعرض عن أخذ الدار فبطل شفعته بخلاف ما إذا شرط أن يأخذ بعضًا من
الدار لأنه لم يعرض فلا يصح الاعتياض عنه أي عن مجرد حق التملك لا يتعلق له بالمحل
لما ظهر أثر في فعله والاعتياض عن الفعل لا يصح فيجب رد العوض ويبطل الحق في
الشفعة كذا في الإيضاح ولذا لو باع شفعته بمال أي تبطل شفعته لما بينا إشارة إلى

تركه لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل وذكر في المبسوط وإذا باع شفعته
بمال فهو بمعنى التسليم لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك بعضه
كلا فهو عبارة عن الإسقاط مجازًا ولا يجب البدل وجه من نفسه وذكر في الذخيرة وإذا
وهب الشفيع الشفعة أو باعها من إنسان لا يكون تسليمًا لأن البيع لا يصادف محله
أصلًا وذكر في الباب الأول من شفعة الجامع الكبير الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه
الله ولا فرق في إسقاط الشفعة بين قول الشفيع سلمت الشفعة أو قول البائع سلمت
لك بيع هذه أو قوله للمشتري سلمت لك شراء هذه الدار لأن معنى هذا الكلام الإعراض
على المقصود له في هذا العقد وذلك لا يكون إلا بعد التسليم للشفعة وذلك قبل التسليم
لم يصح ولو قال للأجنبي سلمت لك شراء هذه الدار لم يكن هذا تسليمًا للشفعة لأن
الأجنبي غير مشتر فلا كان له مقصود في هذا العقد وقوله سلمت لك شراءها يكون عليكًا
منه وحق الشفعة لا يحتمل التمليك ونظيره إذا قال للمخيرة اختاري بألف أي إذا اختارته
لم يثبت العوض ويبطل خيارها كذا في الإيضاح والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية أي الكفالة باطلة والعوض باطل كما في الشفعة لأن الاعتياض لا يصح
والإسقاط صحيح وإن صحته لا يتوقف على العوض وفي الأخرى لا تبطل الكفالة لأن
الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فشابه الحق بالمال من هذا الوجه فإذا أخذ العوض
بطل لأنه مجانًا لم تبطل كذا في الإيضاح قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد
البيع قبل القضاء بالشفعة وأثبتها بطلبين أو شاء قبل الأخذ بقضاء القاضي أو بتسليم
المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع ملكها بقضاء القاضي
أو بتسليم المشتري إليه ثم مات يكون ميراثًا لورثته وكذا في شرح الطحاوي رحمه الله
وهذا نظير الأجل وخيار الشرط أي لا يورث خيار الشرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله
يورث فكذا في الشفعة هو حق الإلحاق به ما ذكر في الإيضاح فقال إن الثابت للشفيع
حق أن يتملك وظهر أن هذا الحق في أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ والإرادة
لا تجري في الخيار وذكر في المبسوط فإذا عندنا كما يورث الأملاك فلذلك يورث الحقوق
اللازمة فما يعتاض عنها بالمال وفيما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم
مقام المورث فإن حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول بمجرد الرأي والمشيئة
لا يجري فيه الإرث لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث والثابت له بالشفعة مجرد
المشيئة بين أن يأخذ أو يترك بعد السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة وقبل موته
وهو ملكه وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط لثبوت حق الأخذ له ألا ترى أنه لو
أزاله باختياره بأن باع ملكه قبل أن يأخذ الشقص المشفوع له لم يكن له أن
يأخذ بالشفعة فكذلك إذا زال بموته والثابت للوارث جوار الدار له حادث
بعد البيع فلا يستحق الشفعة وهذا لأن استحقاق الشفعة بسبب يبتنى على صفة
المالكية وهذا لا يثبت حق الأخذ بالشفعة بحيازة الملك وصفة المالكية تتجدد
للوارث بانتقال ملك المورث إليه فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان
بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لأن المال انتقل بالموت إلى الوارث لسبب
الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب عند البيع لا
قبله ولا يباع في دين المشتري ووصيته أي لا يجعل دين المشتري أو وصيته مقدمًا
على حق الشفيع بل حق الشفيع مقدم عليها وذكر في المبسوط أن حق الشفيع مقدم على
حق المشتري فكان مقدمًا على حق من يثبت حقه من جهته أيضًا وهو الغريم والموصى له
فإن باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة
كما لو باعها المشتري في حياته والانتقال بيع القاضي عن حكم منه فكيف نقضه الشفيع لأنا
نقول أن القاضي إنما باعها إما بجهله بحق الشفيع أو بناء على أنه لا يطلب الشفعة فإذا

طلبها كان شفعة باطلا ولأن هذا قضاء منه بخلاف الإجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق
نقض تصرف المشتري فلا ينقض قضاؤه وفي الإيضاح وكذلك لو جعل المشتري الدار التي اشتراها
مسجدا أو مقبرة أن الشفعة واجبة وينقض ما صنع لأن حق الشفيع على ما صنع فلا يبطل
حقه بما أحدث وقال الحسن تبطل الشفعة لأنه حين تصرف كان في ملكه فنفذ تصرفه
وهذا التصرف لا يلحقه الفسخ كالعتق وقيل في جوابه إن الحق للعبد غير أنه صيرورته مسجدا
لأن المسجد ما أخلص لله تعالى ومع تعلق حق العبد به لا يتخلص وهذا أول مؤداه بالبيع
وإن لم يعلم شراء المشفوعة كما إذا أسلم صريحا وهو لا يعلم وقد ذكرنا أن تسليم الشفعة
بعد البيع يصح سواء علم الشفيع بوجوب الشفعة أي بالبيع أو لم يعلم لأنه إسقاط وذكر
في المبسوط وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الإسقاط باللفظ الموضوع **فإن قلت** يشكل
على هذه المسألة المساومة فإن الشفيع إذا ساوم الدار من المشتري أو سأله بأن يوليه
إياه أو استأجرها الشفيع من المشتري وذلك بعد علمه بالشراء بطلت الشفعة فإن هذه
المعاني دليل الإعراض عن الأخذ بالشفعة فإن المساومة طلب تمليك بعقد جديد
وكذا أخواتها فكان إعراضا عن الأخذ بالشفعة كذا في الإيضاح ومن بيع الشفيع ما يشفع
به قبل أن يقضى له بالشفعة يبطل شفعته وكذا التسليم الصريح وكذا المساومة وأمثالها
مبطلة للشفعة كما ذكرنا ثم اشترط العلم في المساومة بشراء المشتري في إبطال حق الشفيع
ولم يشترط في التسليم الصريح وفي بيع الشفيع ما يشفع به فما الفرق وبحث المفارقة بينهما
في اشتراطه العلم مع استوائهما في الإبطال **قلت** قال في المبسوط وإنما اشترط
العلم في المساومة لأنه إسقاط لأن المساومة غير موضوعة لإبطال الشفعة وإنما يسقط
الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك إذا لم يعلم الشفيع به بخلاف
التسليم فإنه تصريح بإسقاط حقه وفي الإسقاط لا يشترط العلم كما في الطلاق وكذلك
في بيع الشفيع ما يشفع به لأن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وإذا باع
ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة له لم يبق شرط القضاء فلا يثبت المشروط فلو أبرأ عن
البيع وهو لا يعلم به يعني إذا أبرأ رب الدين وهو لا يعلم بأن عليه دينا يصح الإبراء لأنه
لا يشترط العلم لحصول الإبراء إلا مثل أن من باع بأن كان وكيلا للمالك بالبيع أو بيع له
وهو الموكل بالشراء ان هذه المسائل فيما ذكر في شرح الطحاوي فقال فأما إذا كان
صاحب الدار وكل شفيعا بالبيع فباعها فلا شفعة له لأنه هو الذي باع ولو أن مضاربا بالنصف
باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار أخرى فلا شفعة له لأنه هو الذي باع
وإن كان لا يملك هبته عن البيع ولو أن المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها فله الشفعة
الأخرى أنه لو اشتراها دارا لنفسه وهو شفيعها كان له الشفعة حتى أنه لو جاء شفيع
مثله أخذ الدار منه ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة وكذلك لو اشترى المضارب فكان
المضاربة مالا ورب المال شفيعها فإن له أن يأخذها بالشفعة لأنه اشترى له وذكر
في المبسوط في باب الشهادة بالشفعة ما ظهر من هذا كله أن المشتري لنفسه يصير
شفيعا ويقال الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لأن شراءه لغيره لا
لنفسه لا يكون إعراضا عن الشفعة حتى أن أحد الشفعاء إذا اشترى فهو على شفعته
فيما يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين وكذلك شراؤه لغيره وهذا لأن الشفعة إنما
تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا بإظهار الرغبة فيها والشراء إظهار الرغبة
في المشتري فلا يكون إبطالا للشفعة وأما البيع فإظهار الرغبة عنه فيكون إبطالا للشفعة
ولأن البائع ملتزم العهدة بالبيع ولو أخذ بالشفعة لكان مبطلا ما التزم بالعهدة والمشتري
ملتزم بالثمن بالشراء وهو بالأخذ بالشفعة يقرر ما التزمه بالشراء لأن الأول هو وكيل
البائع بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع لأنه لو طلب الشفعة لعله
أن يجده كان ساعيا في نقض ما تم به ولأن الغيب يملك المبيع من الغير والأخذ بالشفعة

تملك ولو ثبت أخذ الشفعة يصير مملكا أو متملكا لغير الواحد في حالة الواحد وذلك
لا يجوز ولأن البيع تمليك المبيع من الغير والأخذ تملك بينهما منافاة فلذلك الشفعة يشكل
ويحرك أراد به هاهنا من سعة الاستحقاق يعني أن المشتري لو شرط على أن يضمن الشفيع
الدرك فضمن لم يكن له الشفعة لأن تمام البيع كان بضمانه فإن المشتري ما رضي ببيعه
إلا بضمانه فلا يتم البيع إلا بأن يضمن هو الدرك ومن تم البيع به لم يكن له أن يأخذ بالشفعة
لمعنى وهو أن المبيع مزيل للملك فإقدامه على ما يوجب تمام البيع يدل على اختيار زوال
الملك وذلك منه رغبة عن الأخذ لا فيه كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله
وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت إلى آخره في المبسوط ولو أخبر أن الثمن ألف فسلم الشفعة فإن
كان أكثر من الألف فتسليمه صحيح وإن كان أقل من ألف فله الشفعة عندنا وقال ابن أبي
ليلى رحمه الله لا شفعة في الوجهين لأنه أسقط حقه بعدما وجب له الشفعة ورضي
بجوار هذا المشتري فلا يكون له أن يأخذ ذلك بعد الرضا به ولكنا نقول إنما أسقط
حقه بشرط أن يكون الثمن ألف درهم لأنه بنى تسليمه على ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد
فيما بني عليه من الجواب فكأنه قال سلمت إن كان الثمن ألفا وإنما علل هذا لأن الثمن
أو لأنه لم يكن متمكنا من تحصيل الألف ولا يزول هذا المعنى إن كان الثمن أكثر من ألف
بل يزداد فأما إذا كان الثمن أقل من ألف فقد انعدم المعنى الذي لأجله كان رضي بالتسليم
فيكون على حقه ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال أو يوزن فسلم الشفعة فإذا الثمن من صنف
آخر أقل مما سمي له أو أكثر فهو على شفعته لأن الإنسان قد يتيسر عليه تحصيل جنس دون جنس
فكان هذا التقييد معتبرا في حقه فكأنه قال سلمت إن كان الثمن كر شعير فإذا ظهر أن الثمن
كر حنطة فهو على شفعته وكذلك إذا أخبر أن الثمن عبد أو ثوب أو جارية ثم ظهر أنه كان
مكيلا أو موزونا فهو على شفعته لأن فيما له مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه
المشتري وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم وقد يتيسر عليه تحصيل الجنس من المكيل والموزون
ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا التقييد معتبرا في حقه وفي الإيضاح ولو أخبر
أنها بيعت بألف ثم تبين أنها بيعت بمكيل أو موزون أو معدود غير متفاوت فالشفعة
ثابتة لأن الواجب تسليم مثل ما وزنه العقد وقد يتعذر عليه ذلك وقد يتيسر فاختلف
الغرض فهذا كله يعرف قيود ما ذكر في لفظ الكتاب فإنه قال ثم علم أنها بيعت بأقل
أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف درهم أو أكثر فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم
كان تسليمه باطلا أيضا لأن إطلاق ما ذكره في المبسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال
في المبسوط والإيضاح لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته
ولم يتعرض أن قيمة المكيل والموزون أقل من قيمة الذي اشتراها به أو أكثر ولذلك
تعليله دال عليه ولذلك ما ذكر في الإيضاح من الإطلاق والتعليل دال عليه وهذا ثم ظهر صح
أيضا استدل في الذخيرة مما ذكر في المبسوط فقال لو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم
ثم علم أنه مكيل أو موزون فهو على شفعته على كل حال ثم قوله ثم علم أنها بيعت
بأقل فتسليمه باطل يدل على أنه لو علم أنها بيعت بأكثر من الألف كان تسليمه صحيحا لأن
الرضا بالتسليم بالقدر بالألف كذا ذكره في الذخيرة **قوله** رحمه الله بخلاف
ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لأن تسليمه ليس بباطل إذا بلغ الشفيع
أنها بيعت بألف درهم فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بعبد قيمته ألف أو أكثر كان تسليمه
صحيحا فكان هذا بمنزلة ما لو أخبر أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها كانت كذلك بيعت
بألف أو أكثر كان تسليمه صحيحا على ما ذكر كذا هنا هذا الذي ذكره هو اختيار شيخ الإسلام
رحمه الله حيث قال في الذخيرة ولو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه بيع بآخر
من ذوات القيم بأن أخبر أن الثمن عبد فإذا الثمن دار فجواب محمد رحمه الله أنه على شفعته
من غير تفصيل قال شيخ الإسلام رحمه الله هذا الجواب صحيح إذا كان قيمته كما ظهر أقل من قيمة

ما اخبر وغير صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما اخبر لان الثمن اذا كان من ذوات
القيم فالشفيع انما ياخذ الدار بقيمة الثمن دراهم او دنانير فكانه اخبر ان الثمن الف درهم او بمائة
دينار فسلم ثم ظهر ان الثمن مثل ما اخبر او اكثر وهناك كان التسليم له صحيحا والشفعة
له ولو ظهر انه اقل مما اخبر كان على شفعته كان هاهنا ولو كان على العكس فلو كان بان
اخبر ان الثمن عبد قيمته الف او ما اشبه ذلك من الاشياء التي هي من ذوات القيم
ثم ظهر ان الثمن دراهم او دنانير فجواب محمد رحمه الله انه على شفعته من غير فصل بعض مشايخنا
قالوا هذا الجواب محمول على ما اذا كان ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر اما اذا كان مثل قيمة
ما اخبر او اكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف المسالة
المتقدمة لانه وان كان ياخذ بالقيمة تصير مغبونا وهذا المعنى معدوم اذا كان له
الثمن دراهم وقال زفر رحمه الله الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما
وكانه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين ان الثمن دنانير فهو على شفعته
كما هو في المكيلات والموزونات ونحن نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما
جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والثمنية ومبادلة النقدين بالآخر يتيسر
في العادة ولا يتفاوت رضاه بالصورة وانما يتفاوت بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه
صحيحا هكذا ذكر الاختلاف في المبسوط والايضاح وذكر الخلاف في الاسرار بين علمائنا
الثلاثة فقال اذا قيل للشفيع اشتراها بالف درهم فسلم فاذا هو بدنانير تساوي الفا
كان له ان تبطل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله تبطل
شفعته استحسانا لانهما جنس في حق التجارات وهما في حكم القياس ان الانسان
قد يتيسر عليه الاداء باحدهما دون الآخر فالرضا باحدهما لا يدل على الرضا على الآخر
ولو كان واحدا فانه لو رضي بدراهم جياد فاذا هي غلة كان له الطلب وهكذا ايضا
ذكر في الذخيرة حيث جعل قول ابي حنيفة رحمه الله مثل زفر رحمه الله وجعل قول ابي
يوسف رحمه الله مثل قولنا المذكور في الكتاب ثم قال وجه ابي يوسف رحمه الله ان الدراهم
والدنانير اعتبرت جنسا واحدا في اكثر الاحكام حتى يكمل نصاب احدهما بالآخر والملك
على البيع بالدراهم يكون على البيع بالدنانير واذا باع شيئا بالدراهم ثم اشترى ما باع بالدنانير
باقل لم يجز كما لو اشترى بالدراهم ورب المال اذا ظفر بدنانير المديون وحقه في الدراهم له
ان ياخذ في مال المضاربة اذا صارت دنانير على نهي رب المال فيه كما لو صارت دراهم
وانما اعتبرا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا وفي حق الاجارة
حتى اذا استاجر بعشرة ثم استاجر بدينار طاب له وان كان قيمة الدينار اكثر من
عشرة دراهم كما لو اجر بحنطة فما يوجب المجانسة بحكم الكثرة الحاقا بالاعم الاغلب
فكان التسليم بالدراهم تسليما بالدنانير اذا كانت قيمة الدنانير مثل الدراهم او اكثر وابو حنيفة
رحمه الله يقول الدراهم والدنانير اعتبرا جنسين مختلفين في الاخبار حتى ان الاكراه
على الاقرار على الدراهم لا يكون اكراها على الاقرار بالدنانير وفي بعض الايجاب اعتبرا
جنسا واحدا وفي مسالتنا اختار الايجاب لان تسليم الشفعة ان كان ايجابا
الا ان التسليم بنا على الاخبار لانه اخبر ان الثمن كذا فاذا في اصل الموضوع وهو الاخبار
اعتبرا جنسين مختلفين وهو الايجاب اعتبرا جنسين مختلفين في حق الاحكام فترجح
ما يوجب اختلاف الجنس هنا كالحنطة مع الشعير على ان الشفعة لنفي ضرر الجوار
وحق الشفعة ما ثبت الا لهذا فانما رضي بجوار احدهما لا يكون رضا بجوار الآخر لان التسليم
لضرر الشركة ولا شركة له لانه اذا اشترى النصف فقد احترزوا عن ضرر الشركة فاذا تبين
انه لا شركة ثم حجته كذا في الايضاح والاولى في التعليل هنا ما علل به في المبسوط فقال
لانه سلم النصف فكان احق في حق الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا
للكل وفي عكسه لا شفعة ومراده لو اخبر ببيع الكل فسلم ثم علم انه انما اشترى النصف

ملا

للشفعة فان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الاولى بموجبه يوضح الفرق ان الاستيفاء ص
لا يرغب فيها كما يرغب في الجمل وانما سلم حين اخبر بشراء النصف لانه كره التبعيض ولم يرغب فيه
مع عيب الشركة فاولى ان لا يكون راغبا فيه مع عيب الشركة وهو له وفي ظاهر الرواية
احترازا عن عكس هذا الجواب وهو ما ذكره المعلى عن ابي يوسف رحمه الله على ضد
هذا قال وان اخبر بشراء النصف فله الشفعة لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ولا
يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج
الى الجميع كذا ذكر في الباب الاول من شفعة المبسوط وذكر في الذخيرة ولو اخبر بشراء الكل
ثم ظهر انه اشترى النصف فلا شفعة قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا الجواب
محمول على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بان اخبر بانه اشترى الكل بالف ثم
ظهر بانه اشترى النصف بخمسمائة يكون على شفعته **فصل** لما كانت الشفعة
تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لانه يحتمل ان يكون الجار
ناسيا بناء في الاستعمال اسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار ما يجيء
بيان الحيلة
الى بيانه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار لان المشتري في الثاني
شريك فيتقدم عليه لان استحقاق الشفيع النصف الاول لا يبطل الشفعة في النصف
الثاني لانه استقل البيع بالشراء ولو كان المشتري بالبيع الثاني غير المشتري للنصف
الاول ولم يخاصمه فيه اخذ الجار النصف الاول فالجار احق بالنصف الثاني لان
ملك المشتري الاول قد بطل قبل الاخذ بالشفعة فبطل حقه بالشفعة كذا في الايضاح
فاذا اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الاول ثم ماهنا حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع
في طلب الشفعة والاول يرجع الى ابطال حق الشفعة تفسير هذه المسالة هو ان يبيع
عشر الدار وهو السهم من المشتري بتسعة اعشار الثمن ثم يبيع تسعة اعشارها بعشر الثمن
فلا يرغب الشفيع في اخذ العشر لكثرة الثمن ولا حق له في الباقي لان المشتري شريك وقت
شراء الباقي فلو ان المشتري في هذه الصورة خاف انه ان اشترى العشر بتسعة اعشار
الثمن يبيع البائع الباقي بعشر الثمن فالحيلة في ذلك للمشتري ان يشتري العشر
على انه بالخيار ثلاثة ايام حتى ان البائع ان ابى بيع الباقي فالمشتري يفسخ العشر بحكم الخيار
فلو ان البائع خاف في هذه الصورة انه ان باع الباقي بعشر الثمن يفسخ المشتري من البيع
الاول بحكم الخيار فالحيلة للبائع ان يبيع الباقي بشرط الخيار لنفسه ثلاثة ايام
ثم يجيزان البيع معا فان خاف كل واحد منهما ان اجاز لم يجز صاحبه فالحيلة في ذلك
ان يوكل كل واحد منهما وكيلا باجازة البيع ويشترط على الوكيل ان يجيز بشرط ان يجيز
صاحبه والا لا ان يجيز لم يجز صاحبه قال رضي الله عنه وهذه اخرى تعم الجوار والشركة
اي وهذه المسالة حيلة اخرى اشارة الى قوله وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه
ثوبا عنه فان هذه حيلة فيما اذا كان الشفيع جارا او شريكا بخلاف المسالة الاولى
ويتقي قوله من ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فان تلك المسالة حيلة في حق دفع
الشفيع اذا كان جارا ولا يصلح فيما اذا كان شريكا وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة
الى من استثنى عن قوله وهذه اخرى تعم الجوار والشركة يعني هذه حيلة تعم
الجوار والشركة الا ان فيها نوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار
يبقى الثمن على المشتري الثوب وهو باع الدار بعشرة الاف مثلا ومشتري الثوب الذي هو
بائع الدار يرجع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار والاوجه
ان يباع بالدراهم دينار حتى لا يتضرر بائع الدار وبيان ذلك ما ذكره في شفعة
فتاوى قاضي خان فقال ومن الحيلة انه اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم
يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة الاف وخمسمائة ويقبض الباقي عشرين دينارا او اقل او
اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار على

المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه
لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدنانير بالدراهم التي للمشتري على البائع ان
لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
رحمه الله اعلم ان الحيل في هذا الباب على نوعين نوع لاسقاطها بعد الوجوب وذلك
ان يقول المشتري للشفيع انا اسهامنك بما اخذت فلا فائدة لك في الاخذ فيقول الشفيع
نعم او يقول اشتريت فيبطل به شفعته وانه مكروه بالاجماع هكذا ذكر شيخ الاسلام
رحمه الله ونوع يمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا على قول ابي يوسف رحمه الله
لا يكره وعلى قول محمد رحمه الله يكره وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم
من قال في الشفعة لا يكره فالحيلة عند وجوبها بلا اختلاف وانما الخلاف في فصل الزكاة
ثم بعض الحيل يرجع الى منع وجوب الشفعة وبعضها يرجع الى تقليل الرغبة في الشفعة
اما التي يرجع الى منع وجوب الشفعة ان يهب البائع بيتا من الدار معلوما بطريق او وهبها
اخر معلوما من الدار بطريقه فيحوز الهبة لان ما وهبه محدد ومعين وفي الطريق وان
كان مشاعا لانه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائز فيصير شريكا
في الطريق ثم يبيع بقية الدار بثمن الكل فيصير اولى من الجار الا ان هذه الحيلة
تصلح لا تصلح لدفع الشريك في الدار ومن الحيلة ايضا ان استاجر صاحب الدار من
المشتري ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بحر من دار التي يريد بيعها ثم يصرح حتى يمضي
اليوم او يشرط التعجيل حتى يملكه وذلك اجر للحال ثم يبيع الدار في منه فلا تكون
للجار شفعة لا في الجزء الاول لانه ملكه بعقد الاجارة ولا في الجزء الثاني لان
المشتري شريك في الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار ومنها ان يهبها الشرط
ان يضمن الشفيع الدرك ويضمن الثمن للبائع فاذا ضمن بطلت شفعته وكذلك ان شهد
بشرط الخيار للشفيع ثلاثة ايام فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا اسقط الخيار
بطلت شفعته وهذه الوجوه تعم الجار والشريك واما الذي يرجع الى تقليل الرغبة
فهو مثل ما ذكرنا من بيع عشر الدار من المشتري بالشفعة اعشار الثمن ومنها ان يبيع البنا
من الدار من المشتري ليقلعه بثمن قليل او يبيع الساحة بثمن الكثير فلا يجب للشفيع
الشفعة في البنا لانه منقول ولا يرغب في الساحة لكثرة الثمن كذا في الذخيرة والمغني
وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في باب الشفعة في المبسوط من المبسوط
بعد ما ذكر وجوه الحيل فقال والاشتغال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به
اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يقصد المشتري
الاضرار به وانما قصد الرفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف
رحمه الله واما عند محمد رحمه الله فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط
الاستغراق للبيع من وجوب الزكاة والله اعلم بالصواب والله المرجع والماب

مسائل متفرقة

في المسائل المتفرقة كما هو دأب المصنفين واذا اشترى خمسة نصف دار من رجل
لم يذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا مسالة واحدة وهي هذه
... زيادة الصورة فيتضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه وهو ضرر تنقيص ملكه
... والشركة عيب فيتضرر به المشتري والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا شرع
... ضرر الدخيل ضررا زائدا وهو ان يشتروا احد الدار منه واما في الوجه الاول
... وقع الصفقة متفرقة على كل واحد منهم واذا اخذ نصيب احدهم فقد ملك عليه
... ما اشتري فلا يتضرر به المشتري ضرر التنقيص حتى لو كان ذلك قبل نقد الثمن
... واذا الشفيع ان ياخذ نصيب احدهم بحصته من الثمن لا يملك ضرر ذلك لما فيه من تفريق
... الصفقة على البائع كذا ذكر الامام قاضي خان ولا فرق في هذا في جواز اخذ الشفعة

نصيب اخذ المشتري قبل القبض وبعده اي قبل قبض المشتري الدار وهو الصحيح وهذا
احتراز عن ما رواه ابو الوادي فقال وروي عنهم ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن
للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما قبل القبض لان الملك يقع على البائع فيتفرق عليه الصفقة
وله ان ياخذ نصيب احدهما بعد القبض لان الملك حينئذ يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع
ملكه كذا في الذخيرة عن لم احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه
من الدار حتى ينقد المشترون جميعهم ما عليهم من الثمن وكذلك الشفيع اذا اخذ نصيب
كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان كان يلحق المشتري
ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حين اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة
ثم هاهنا لا بد من بيان تفريق الصفقة واتحادها وذكر الامام رحمه الله بحالا الى الجامع
اذا اتحاد الصفقة والعقد والثمن وكذا لو تعدد العقد بان كان البائع او المشتري اثنين
بان قال للمشتريين بعت منكما او قالا ابتعنا منك لان ما يوجب الاتحاد اتحد وهو العقد
والثمن وكذا لو تعدد العاقد العقد بان قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا او فصل
المشتري ذلك وان تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة وكذا لو تفرق العقد واتحاد العاقد
بان قال بعت هذا بكذا وبعت هذا بكذا تتفرق الصفقة وان اتحد العقد وتفرق
العاقد والثمن ففي بعض المواضع تفرق الصفقة لرجحان جنبة التفرق وفي بعضها
لا مثل الاول فيا مثا والثاني استحسان وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه وهاهنا
تفريعان ومن التفريعات ما ذكر في الذخيرة في هذه المسالة بقوله بحيث ان يعلم
ان الرواية اختلفت عن اصحابنا ان المشتري اذا كان واحدا والبائع واحدا وقد
اشترى الدار بصفقة واحدة انه ليس للشفيع ان ياخذ البعض دون البعض دفعا للضرر
عن المشتري لعنى به ضرر عيب الشركة ثم ذكر مسالة الجامع الصغير وهي التي ذكرنا
بان المشترين اذا كانوا جماعة يجوز للشفيع ان ياخذ نصيب احدهم بخلاف ما اذا كان البائع
جماعة حيث لا يكون للشفيع ان ياخذ نصيب احدهم ثم قال قال القدوري رحمه الله وقد
روي عنهم بخلاف ذلك لان البائع اذا كان اثنين فللشفيع ان ياخذ نصيب احد البائعين
قبل القبض وليس له ان ياخذ من المشتري بعد القبض لان الملك يقع على المشتري فيلحقه
ضرر عيب الشركة من الباقي ولو كان الشراء بوكالة بان وكل رجل رجلين او الموكل رجل
واحد لم يكن له ان ياخذ نصيب احد الوكيلين والحاصل ان على ظاهر الرواية ينظر
ومثل هذه المسائل الى المشتري فان كان المشتري واحدا اشترى لنفسه واحدا او جماعة
من قبلهم اباه والبائع واحد او عدد اشترى بصفقة واحدة فليس للشفيع ان ياخذ الكل او
يدع الكل ولو كان المشتري جماعة اشتروا لانفسهم او لواحد من قبل ابايهم بصفقة واحدة
او متفرقة فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري
اي ليس له يعني ليس للشفيع ان يقول للمشتري ادفع الى البائع حتى اخذ منه لان القسمة
في غير المكيل والموزون افراز فيه من عين الحق من وجه ومبادلة من وجه والشفيع
يملك بعض المبادلة التي يحدثها المشتري ولا يملك بعض القبض ولهذا ليس له ان ينقض
قبض المشتري لتعيد العهدة على البائع لان القبض بجهة البيع له حكم البيع وكما لا يملك
نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض الموجود بجهة البيع ولما كانت القسمة مبادلة من
وجه ونقضا من وجه من حيث انها قبض لا يملك الشفيع نقضها ومن حيث انها مبادلة
فلا يملك نقض البيع الاول كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله وذكر في الذخيرة
يجب ان يعلم ان تصرف المشتري في الدار المشفوعة صحيح الى ان يحكم بالشفعة للشفيع وله
ان يبيع وله ان يواجر وكذا له ان يهدم وما اشبه ذلك من التصرفات لان نفاذ التصرف
والطلاق يعتمد الملك لانه ثابت للمشتري والثابت للشفيع حق الاخذ فقبل الاخذ لا حق الحل
اصلا فلهذا يجوز تصرفاته ويطلق فيها غير ان الشفيع لا ينقض كل العقد وما كان من عام

القبض الا ترى ان المبيع لو اراد ان ينقض قبض المشتري ليعيد الدار الى يد البائع
منه لا يمكن له ذلك وذلك لا يمكن قسمة المشتري حتى من اشترى نصف دار غير مقسومة
وقاسم المشتري البائع بمحضر الشفيع فليس له ان ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم
او بغير حكم لان القسمة من تمام القبض لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص
وقاسم المشتري الذي لا شفيع وقوله المشتري في محل الرفع بالفاعلية وقوله الذي
لا شفيع في محل النصب بالمفعولية اي قاسم المشتري الدار مع شريك البائع الذي لا شفيع كان
للشريك نقضه لان هذه القسمة لم تجر بين المتعاقدين فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد
بل جعلت مبادلة للشفيع ان ينقض المبادلة ثم اطلاق الجواب في الكتاب وهو قوله
اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انما ياخذه اذا وقع
في جانب الدار التي يشفع بها هكذا ذكر القدوري رحمه الله في شرحه لانه اذا وقع في غير
جانبه وليس له نقض القسمة لا يكون جارا فلا يستحق الشفعة وتسليم الاب والوصي الشفعة
على الصغير جائز وقد ذكرنا ان الصغير والحمل في استحقاق الشفعة سواء والحمل يرث
فيثبت له الشركة ميراثا او وجبت الشفعة للصغير والذي يقوم بالطلب والاخذ من
يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده ثم ابن ابيه ثم
وصي الجد ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد من هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك
واذا كان له احد من هؤلاء وترك طلب الشفعة مع الامكان بطلت شفعته حتى لو بلغ الصغير
لا يكون له حق الاخذ وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تبطل وعلى هذا
الخلاف تسليم الشفعة اذا اسلم الاب او الوصي ومن بمعناهما كذا في الذخيرة وهذا
على الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة والثاني بطلب متعلق بالوكيل لا بالتسليم
وفي المبسوط واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة او اقر موكله
قد سلم فنقول اما عند ابي حنيفة رحمه الله فصح ذلك منه في مجلس القضاء ولا يصح في غير مجلس
القضاء وكان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا لا يصح ذلك في مجلس القضاء وهو قول زفر
رحمه الله ثم رجع فقال اقراره على الموكل بالتسليم صحيح في مجلس القضاء وغير مجلس القضاء
ومحمد رحمه الله يقول في اقراره على الموكل بقول ابي حنيفة وفي لا يجوز تسليم الشفعة
في مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا في كتاب الوكالة في الاصل
جواب ابي يوسف الاخر فيما اذا اسلم الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح اقراره على
الموكل بالتسليم واصل المسالة في كتاب الوكالة فان الوكيل بالخصومة اذا اقر
على موكله في القياس لا يجوز اقراره وهو قول زفر وابي يوسف اولا وفي الاستحسان يجوز
اقراره في مجلس القاضي لا يجوز في غير مجلس القاضي وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد
وقول ابي يوسف الاخر اقراره صحيح في مجلس القاضي وغير مجلس القاضي كاقرار الموكل
والوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة واذا اقر على موكله بالتسليم كان على هذا
الخلاف واما اذا اسلم بنفسه فقد ذكر في الوكالة والماذون الكبير والوكيل بطلب
الشفعة اذا اسلم الشفعة في مجلس القاضي يصح في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله
ومن اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله ان من وكل بطلب الشفعة وطلب الخصومة
يصح تسليمه لان الوكيل قائم مقام الموكل بالخصومة ومجلس الخصومة مجلس القاضي
فيصح تسليمه في مجلس القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله وفي غير مجلس القاضي عند ابي يوسف
لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد رحمه الله وزفر لا يصح التسليم اصلا لان ذلك
ليس مما فوض اليه فانه ليس باستيفاء الحق لا باسقاط الحق فلمحمد رحمه الله وزفر انه حق ثابت
ذكر حيز الشفعة يتناول طلب الشفعة او ذكره لبدل الجزء فلا يملكان اي الاب والوصي
لا بدنه بالذات المعقوطة من فوقها بالتثنية بدلالة قوله وغيره ولكن الاول في النسخ
في الوقت لكونه اعم ولانه اوفق لرواية المبسوط حيث قال عنه وعن محمد وزفر رحمهما

الله وزفر لا يصح وللصبي ان يطالب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء
حقه والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالابراء من الديون
والعفو عن القصاص الواجب له ولهما انه في معنى التجارة لانه تملك العين في الثمن
بعوض البراءة وصحته انه لو اخذ بالشفعة ثم باعها من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك
اذا اسلم البيع بل اولى لانه اذا اخذ ثم باعها منه تتوجه العهدة فيها الى
الصبي وفي التسليم لا تتوجه عليه العهدة واما قولهما لا يملكان اسقاطه واما له كدينه
وغيره فقلنا ان في تسليم الشفعة سعي احدى العوضين على ملك الصبي وهذا الثمن وان
كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعدله فلا يعد ذلك ضررا كبيع ما له بخلاف الابراء
عن الدين واسقاط الثمن لانه لا عوض هناك يعادله فلا يملكانه فقيل خيار التسليم
بالاجماع اي من غير خلاف لمحمد وزفر رحمهما الله فانهما كانا لا يريان في المسالة الاولى وهي
ما اذا بيعت دار بمثل قيمتها والصبي شفيعها فسلم الاب والوصي الشفعة وانما هاهنا
وهي ما اذا بيعت دار باكثر من قيمتها فيجوز ان يسلم المشتري الشفعة وقيل لا يصح بالاتفاق
وهو الاصح وذكر هذه الجملة في المبسوط وقال ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من
قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الشفيع ذلك فمن اصحابنا رحمهم الله
من قال يصح والتسليم هاهنا عند محمد وزفر رحمهما الله لما فيه من النظر للصبي والاصح
انه لا يصح التسليم عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب
وتسليمه اي يصح اذا كان ما لكا للاخذ فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ فان بيعت باقل من
قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رضي الله عنه لا يصح التسليم منهما اي من الاب والوصي
فلا يصح التسليم منهما على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصح على قول محمد وزفر رحمهما الله لانهما
لا يريان تسليم الاب والوصي شفعة الصغير فيما اذا بيعت باقل من قيمتها بطريق الاولى
وانما اختص قول ابي حنيفة رحمه الله لان الشبهة ترد على قوله لانه كان يجوز تسليم الاب
والوصي شفعة الصغير فيما اذا بيعت بقيمتها فعلى قياس ذلك ينبغي ان يجوز تسليمهما
ايضا فيما اذا بيعت الدار باقل من قيمتها لما ان هذا البيع وان كان بالمحاباة فالشراء
خارج من معنى التجارة ولما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ولكن قال لا
يصح التسليم في هذا لما روي عن ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفهما في مال الصغير يدور مع
الاوجه الاحسن فلما تعينت جهة الاحسن في هذا البيع في اخذ الدار للصغير بالشفعة
كان التسليم غير الاحسن والتسليم تصرف في حقه كالاخذ فلذلك لم يجز تصرفهما بتسليم الشفعة
في حق الصغير لانه قربان لماله بغير الاحسن وهذا المعنى ايضا حض قول ابي يوسف رحمه
الله بقوله ولا رواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة رحمه الله في صحة تسليم
شفعة الصغير فيما اذا بيعت الدار بمثل قيمتها والحاصل ان المسائل المتعلقة بشفعة
الصغير لا تخلو من وجوه بيعا وشراء وهي ما ذكرنا ان الاجنبي اذا اشترى دارا في جوار دار
الصغير هل للاب والوصي ان يسلما شفعة الصغير ام لا وقد ذكرناه وان الاب اذا اشترى
دارا لابنه الصغير والاب شفيعها كان للاب ان ياخذها بالشفعة عندنا اذا لم
يكن للصبي في الاخذ ضرر ظاهر كما لو اشترى الاب مال ابنه لنفسه ثم كيف يقول
اشتريت واخذت بالشفعة ولو كان مكان الاب وصي فان في اخذ الصبي هذه
الدار بالشفعة شفعة للصغير بان وقع شراء الدار للصبي بيسير بان كانت قيمة الدار مثلا
عشرة وقد اشتراها الوصي باحد عشر كان في اخذ الوصي بالشفعة شفعة في حق الصغير
فكان للوصي ان ياخذ الدار بالشفعة على قياس قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن
ابي يوسف رحمه الله لما ان في شراء الوصي شيئا من مال الصغير لنفسه وان لم يكن في اخذ الوصي
هذه الدار بالشفعة شفعة في حق الصغير بان وقع شراء الدار للصغير بمثل القيمة
لا يجوز بالاتفاق ولو كان المبيع بقيمته فاذا اشتراها الوصي لا يشهد ولا يطلب الشفعة له حق

يدرك الصبي ولو اشترى الأب دارا وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الأب الشفعة للصغير
حتى بلغ الصغير فليس للذي بلغ أن يأخذها بالشفعة لأن الأب كان ممكنا من الأخذ بالشفعة
لأن المشتري هو أنا في الأخذ بالشفعة فسكوته يكون مبطلا للشفعة ولو كان باع الأب دارا
لنفسه وابنه الصغير شفيعها ولم يطلب الأب الشفعة للصغير لا تبطل شفعة الصغير
حتى لو بلغ الصغير كان له أن يأخذها لأن الأب هاهنا لا يمكن من الأخذ بالشفعة
لكونه بائعا وسكوته فيما لا يملك الأخذ لا يكون مبطلا وأما الوصي إذا اشترى دارا لنفسه
أو باع دارا والصبي شفيعها ولم يطلب الوصي شفعة فاليتيم على شفعته إذا بلغ لأن الوصي
لا يملك البيع والشراء للصغير مع نفسه إلا إذا كان فيه منفعة للصغير فإذا لم يملك الأخذ لم
يكن سكوته تسليما كذا في الذخيرة والمغني وفي الجامع الصغير الوصي إذا باع دار اليتيم الوصي
شفيعها فلا شفعة له إلا إذا باعها وكيل القاضي والوصي الشفعة والله أعلم بالصواب

كتاب القسمة

إيراد القسمة عقيب الشفعة إما لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب
الشفعة الشركة في نفس المبيع فأحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه وعوضه فلا
يخلو عن أحد وجهين الإقدام على البيع فيجب الشفعة وعلى إفراز نصيبه فيتحقق القسمة
وإما لأن القسمة نافية للشفعة وقاطعة لوجوبها رجوعا إلى قوله عليه الصلاة والسلام
الشفعة فيما لا يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق والنفي يقتضي سبق الثبوت
فكانت من الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والتضاد دون مفصل فإن أبدا مع تقديم
المثبت كما في الأمر والنهي والنكاح والطلاق ثم من محاسن القسمة أن أحد الشريكين
إذا تبرم من مصاحبة شريكه التي تكون للاختلاف وضيق العطن وشديد المراس وعياء
الدين مع أنه هوى بقاء ملكه في نصيبه لم يكن له مخرج من هذا الضيق والإصحاب
من هذا الطريق إلا الركون إلى الاقتسام وهو الركن الأوثق في الانضمام ومنها أن كل واحد
من الشريكين عسى أن لا ينتفع بملكه عند تفق شريكه انتفاع الكامل وهو الظاهر في أغلب
الأحوال والقسمة توصله إلى مثل هذا الأحسن من الآمال ومنها أن الشريك ربما يتعسر
على صاحبه بما انقاد له فيما يصعب من أمر الشركة والقسمة ذريعة إلى إزالة مثل
هذا الذي التبس أمره واشكل فما استغلق من هذا إذا أعضل فيجب علينا التلقي بالقبول
حامدين لله تعالى من نعم الشرائع إذ جعلنا وسائل إلى بلوغ الآمال في الدارين والذريعة
إلى معرفة أشياء معنى القسمة لغة وشرعا وسببها وركنها وشرطها ودليل شرعيتها وحكمها
أما لغة فالقسمة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والأسوة للائتساء كما ترى واثنا
قال الله تعالى نادر قوتهم لغد بقوله وإذا حضر القسمة لأنها في معنى الميراث والمال وأما
شرعا فالإيضاح القسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين وأما سببها فطلب كل واحد
من الشريكين الانتفاع بملكه على وجه الخصوص وفي المبسوط وإنما تجب القسمة عند طلب
بعض الشركاء في كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بشركة صاحبه فالطالب للقسمة
يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي
إجابته إلى ذلك وأما ركنها فهو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل
في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدد في المعدودات وأما
شرطها فهو أن لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا قال في المبسوط في باب ما لا يقسم
وما لا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك من الشركاء لما فيه من الضرر والمقصود من القسمة
توفير المنفعة فإذا أدى ذلك إلى الضرر لم يجبر القاضي عليه إلا أن قال فإن رضوا بالهدم
في الحائط وقسمة الأرض بينهم لم يباشر القاضي ذلك لما فيه من إتلاف الملك ولكن إن فعلوا
ما بينهم لم يمنعهم عن ذلك وكذلك في البيت الصغير لا يقسمه القاضي بينهم وقال في الإيضاح

والحمام

والحمام لا يجب قسمته لأن المنفعة القائمة قبل القسمة تفوت بالقسمة ولم تكن القسمة إفرازا
للمنافع بل بحيث تضمن فوات تلك المنفعة فلم يجب وأما دليل شرعيتها وجوازها فالكتاب
والسنة أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشتهر من قسمة
رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أصحابه وقسمة المواريث وغير ذلك وأما حكمها فتعيين نصيب
كل واحد منهم من نصيب صاحبه بحيث لا يبقى تعلق لكل واحد منهم بنصيب صاحبه ثم هي أي
القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة أي في جميع الصور سواء كانت من ذوات الأمثال أو في
غير ذوات الأمثال لكن في ذوات الأمثال معنى الإفراز راجح والمعنى من الإفراز هو أن بعضه
عين حقه ولكن مع ذلك فيه معنى المبادلة وذلك أن ما يقبضه بنصف كل واحد منهما بصفة
ملكه من الأصل حقيقة وملك صاحبه مبادلة من جهة صاحبه بالقسمة إلا أن ما أخذ
كل واحد منهما من نصيب صاحبه من ذوات الأمثال مثل ما ترك عليه بعين فأخذ مثل
الحق بمنزلة أخذ العين الحق حكما ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ
العين حكما فجعل القرض كذلك بمنزلة العارية ولم يجعل بمنزلة المبادلة بين المقرض
والمستقرض ولذلك لم يجز التساوق فيه بجعل استرداد العين بمنزلة استيفاء عين حقه
ثم في كل موضع لا يمكن العمل بالشبهين يعمل بشبه الإفراز لأن شبهة الإفراز راجح إلى هذا
أشار في المغني ولو اشترياه فاقتسماه أي لو اشترى الرجلان مكيلا أو موزونا بدراهم
واقتسماها فيما بينهما فلكل واحد منهما أن يبيعه نصيبه مرابحة بنصف الدراهم فإن قيل
أليس محمد رحمه الله ذكر في آخر كتاب القسمة إذا كان وصي الذمي مسلما وفي التركة خمور
وخنازير يكره قسمتها ولو كان الرجحان في هذه القسمة أي في قسمة الموزونات ونحوها
لشبهة الإفراز ينبغي أن يجوز من غير كراهة فإن الذمي إذا وكل مسلما أن يقبض خمرا
له جاز للوكيل قبضها من غير كراهة قلنا ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله إذا كان في التركة
الخمور إنما لا يمكن للوصي المسلم قسمتها لأن هذه القسمة إفراز محض ليس فيها معنى المبادلة
والمسلم يملك قبض خمر الذمي وإنما تكره القسمة إذا كان مع الخمر الخنازير لأن القسمة في جنس
يكون مبادلة وغيره من المشايخ قالوا تكره القسمة الخمور وحدها للمسلم لأن العمل بالشبهين
في قسمة الخمر ممكن ثم أثبت الكراهة ومعنى الكراهة معنى بين الحلال المطلق وبين
الحرام المحض لأنها لو كانت إفرازا من كل وجه كانت حلالا ولو كانت مبايعة من كل وجه
كانت حراما فإذا كانت مبايعة حقيقة وإفرازا حكما من الحلال المحض والحرام المحض كذلك
المعنى ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات أي في غير ذوات الأمثال فشبهة المبادلة
فيها راجح لأنها إفراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة مبادلة من كل وجه أما الحقيقة
فظاهر وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذ كل واحد منهما بدل عما ترك على صاحبه باعتبار القسمة
وأخذ المثل كأخذ العين حكما وكان إفرازا إلا أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك
على صاحبه بيقين لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال لا يثبت المعادلة بيقين والإفراز
مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجح المبايعة بالحقيقة وذكر في المبسوط ونوع هو مميز ذات
لكنه بمعنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فإنها تمييز عددا حادا وتفا
المنفعة ولهذا أجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء ومنها معنى المبادلة له على معنى أن
ما يصيب كل واحد منهما نصفه كأنه كان يملكه في نصفه عوض ما أخذ صاحبه
من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة
وقوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة وهذا جواب لسؤال مقدر
يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض بأن يقال ولو كان
الرجحان للمبايعة لكان لا يجبر الآبي على القسمة في غير ذوات الأمثال قلنا إنما يجبر لدفع الضرر
عن غير كالمديون يحبس حتى يبيع ماله لقضاء الدين وهذا السؤال والجواب صرح في المغني حيث
قال فإن قيل لو كان الرجحان في هذه القسمة للمبايعة لكان لا يجبر الآبي عليها والإجماع يجبر

وكذلك لا يثبت حكم الغرور فيها حتى ان الشريكين اذا اقتسما دارا واخذ كل منهما سهما وبنى احدهما
في نصيبه ثم جاء مستحق يستحق الطائفة التي بنى فيها ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة
البناء ولو كان الرجحان بجانب المبادلة يثبت الغرور كما لو اشترى قلنا الجبر على هذه المبادلة
لقطع ارتفاق الانسان بملك صاحبه ويجوز ان يجري الجبر على المبادلة باعتبار حق مستحق للغير
الا ترى الى المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع ولو كان التسليم اليه مبادلة لاجل
حق الشفيع الا ترى ان المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين فجريان الجبر عليها لا يخرجها عن كونها
مبادلة واما الثاني قلنا انما لا يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر في هذه المبادلة
لانه يحتاج الى تخليص حقه فيكون مضطرا الى هذه المبادلة لاجل حاجته والجبر كما يثبت
بالاكراه يثبت بالحاجة الى اثبات حقه كصاحب العلو اذا ابى السفل وان كان مجبورا
على هذه المبادلة لا يثبت فيها حكم الغرور كالشفيع اذا اخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي
فان كانت اجناسا وان كانت الاعيان المشتركة اجناسا لا يجبر القاضي على قسمها وحاصل
ذلك ان الاعيان المشتركة في اصلها لا تخلو اما ان كانت من جنس واحد او من اجناس مختلفة
فان كانت من جنس واحد فلا يخلو اما ان كانت مما يجري فيه الربا كالمكيل والموزون او لا
يجري كالحيوانات ويجبر القاضي عند طلب احد الشريكين القسمة في هذين الوجهين بعد ان
كانا من جنس واحد فطلب احدهما قسمتها وابى الاخر ذلك فان القاضي يجبر الآبي منهما
على القسمة لان الآبي منهما متعنت لان المشاع ناقص المنفعة والمقسوم وافر المنفعة فلا
يلتفت القاضي الى تعنته هذا اذا كانت المنفعة تبقى بعد القسمة واذا لم تبق المنفعة
بل يتضرر كل واحد منهما لا يقسمه القاضي كما اذا كان حماما بينهما او بيتا صغيرا او حائطا
بينهما وما اشبه ذلك مما يحتاج في قسمته الى الشق والقطع فلا يقسم ذلك حتى يتراضيا
عليه فلا يقسم برضا احدهما دون الاخر وعند التراضي على القسمة روايتان في رواية
لا بأس للقاضي ان يلي شق ذلك بنفسه ويقطعه باذنهما وفي رواية اخرى لا يلي ذلك
بنفسه بل يفوض ذلك اليهما فهما يفعلان به هذا اذا لم يكن من اموال الربا فان كان
من اموال الربا فلا اعتبار للتراضي عند فضل احدهما على الاخر والاصل ان التراضي
على القسمة جائز كما ذكرنا والتراضي على الربا لا يجوز لقوله تعالى واحل الله البيع
وحرم الربا حتى انه لو كان كر حنطة بين رجلين نصفين ثلاثون مخنوما منها
ردية قيمتها عشرة وعشرة مخاتيم منها جيد قيمتها عشرة فتراضيا على ان يكون الثلاثون
الردية لاحدهما والعشرة الجيدة للاخر فلا يجوز لان ربا الفضل يتحقق لان الثلاثين كان
له في جملة الكر عشرون مخنوما وقد ينقص زيادة العشرة بازاء الجودة في العشرة المذكورة فكان
يكون ربا وان تراضيا عليه لم يجز ايضا لان الكيل او الوزن عند ملاقاة جنسه لا عبرة
لوصف القيمة واما القدر المقدر وهو الكيل في المكيل والوزن في الموزون واما اذا كان
الاعيان المختلفة مشتركة فطلب احدهما قسمتها ولا يقسمها الا برضاهما جميعا لان القسمة
في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط لقوله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم كذا في شرح الطحاوي رحمه الله في مواضع متفرقة فان لم يفعل
نصب قاسما يقسم بالاجر ويقدر اجر مثله اي يقدر القاضي اجر مثل قسمة القاسم
للبعد عن التهمة اي تهمة الميل الى احد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة
في الاجر ويجوز للقاضي ان يأخذ على القسمة اجرا لكن المستحب له ان لا يأخذ هذا
لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض
عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء
حتى ملك القاضي جبر الآبي ولم يملك الاجنبي ذلك فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر
عليها ومن حيث انها تشبه القضاء استحب ان لا يأخذ الاجر عليه ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز
اي الشركاء الذين رفعوا الامر الى القاضي بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان في القسمة

معنى

معنى المعاوضة ويثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات كذا في ادب القاضي القسام جمع
القاسم كالزراع جمع الزارع التواكل هو ان يكل بعضهم على بعض ثم معنى قوله ولا يترك
القسام يشتركون اي لا يجعل القاضي القاسمين والاشتراك بحيث لا يتجاوز امر القسمة عنهم
الغرم لانه لو تعينهم في الاستئجار لعمل القسمة يكلفون الاجر زيادة على اجر المثل فيتضرر
بها القاسمون بل يقول القاضي لكل واحد من القاسمين استبد انت بالقسمة من غير مشاركة
الاخر ليكون كل واحد منهما مؤتمنا ومختارا بالقسمة من جانب القاضي حينئذ يتسارع
كل واحد من القسام الى ما يرى من الاجر فيقسم الاموال المشتركة بارخص الاجر ولا يفوت
به ذلك الاجر وان قل فلا يتضرر القاسمون قوله كاجر الكيال والوزان يعني اذا
استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجر على قدر الانصباء وكذلك
الوزان وهذا لان المقصود بالقسمة ان يتوسل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه
ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر من منفعة صاحب القليل فيجب ان يكون الاجر على صاحب
الكثير اكثر لما ان الغرم مقابل بالغنم فصارت الاجرة كالزوائد الحاصلة من الملك
المشترك كالثمار والاولاد ثم هي على قدر الملك بينهما بالاتفاق فكذا الاجر وكذلك
اذا استأجروا رجلا ليبني جدارا او تطيين سطح بينهم فان الاجر يجب على التفاوت
ولابي حنيفة رحمه الله عنه ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وفي هذا الكلام
ان القاسم انما يستحق الاجر بالمساحة ومشي الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان
في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر واقسم بنفسه فعرفنا انه انما استوجب الاجر
بالقسمة وهي تمييز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم فيما تميز نصيب صاحب الكثير
وربما يتعسر افراز القليل عن الكثير الا لعدم الكثير وكان عمل الافراز واقعا
بالجملة ولذلك الحساب فان معرفة حساب النصيب الكثير تحتاج لافراز النصيب
القليل منه كما تحتاج لافراز الكثير وكان العمل من حيث الحساب واقعا للجملة بخلاف
تطيين السطح وبناء الجدار لان الاجر هنا مقابل بالبناء والتطيين ويتفاوت ذلك
بتفاوت عدده لامكان ان يرى ان ما يحصل بعمله من البناء والتطيين المبسوط يكون
بينهما اثلاثا فلذلك ترك واما المقسوم اثلاثا فلم يحصل بعمله بل حصل بالافراز والتمييز
وهو واقع بينهما لان التمييز يحصل بعمل واحد وهما في ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد
فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة لانها لابقاء الملك وحاجة
صاحب الكثير الى ذلك اكثر من صاحب القليل كذا في المبسوط والاسرار ويقدر اعتبار
الافراز بكون صعوبة الحساب بالنظر الى القليل يعني ربما يكون عمله في نصيب صاحب
القليل اكثر فان الحساب يدق اذا استوت الانصباء وانما يدق عند تفاوت الانصباء
وزيادته لقلة بعض الانصباء فلم يتميز صاحب ذلك العمل سواء المكيل والموزون
الا ان القسمة هل هو على الخلاف يعني اذا استأجروا رجلا لكيل الحنطة او لذرع
ثوب مشترك ان الاستئجار لاجل القسمة فالمسألة على الخلاف لان القليل انما يفترز عن الكثير
لان يفترز بالكثير منه فكان العمل في كل نصيب شرطا لافراز الاخر عنه كالحساب في العقار
الذي لم يظهر التفاوت واما اذا كان الاستئجار لنفس الكيل او الذرع لنصف الكتان
الثوب معلوم القدر والذرع فالاجر على قدر الانصباء لان الاجر يستحق بازاء عمل
الكيل من غير اعتبار افراز وعمل الكيل يتقدر بقدر المكيل فيتفاوت الاجر بتفاوت
الاشتراك والاجر وهو القدر لو اطلق ولفظه اشارة الى قوله فالاجر مقابل
بالكيل والوزن يعني ان فيه لما يتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان لو كان يجري على
الخلاف لابي حنيفة رحمه الله عنه ذلك سواء تفاوت الاجر هنالك على قدر
الانصباء لان كيل نصيب صاحب الكثير اشق واصعب من كيل نصيب صاحب القليل لا محالة
فكانت الاجرة هنالك على قدر الانصباء لا على عدد رؤوس المتقاسمين والى صحة رواية الاطلاق

قال الامام المحقق شمس الائمة السرخسي رحمه الله حيث قال في المبسوط واما اجر الكيل والوزان
فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله هو على الاختلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال
والوزان عمل له القسام ثم قال والاصح ان ابا حنيفة رحمه الله يفرق بينهما ويقول ان هناك
انما استوجب الاجر بعمله بالكيل والوزن الا ترى انه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب
الاجر بعمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكل عاقل يعرف ان كيل مائة قفيز يكون اكثر من كيل عشرة
اقفزة ولهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام وعنه اي عن ابي حنيفة رضي
الله عنه وفي ايديهما دارا وضيعة فذيهما لانه اذا كان في ايديهم عروض او شيء مما يقسم
باقرارهم بالاتفاق وادعوا انهم ورثوها فيه لانهم لو ادعوا الشراء من غايب يقسم بينهم
باقرارهم بالاتفاق في رواية الاصول على ما ذكر في الكتاب وهكذا ايضا في الايضاح ويذكر
اي القاضي في كتاب القسمة في صك القسمة انه قسمها بقوله يعني لا بالبينة وذلك لان
حكم القسمة بالبينة يخالف حكم القسمة بالاقرار لان حكم القسمة بالبينة يتعدى الى الغير حتى لو
ادعت ام ولد لهذا الميت او مدبر العتق فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفها اقامة
البينة على الموت وحكم القسمة بالاقرار لا يتعدى الا ترى انه لا يقضي بالعتق في هاتين
الصورتين الا ببينة تقوم على الموت كذا ذكر في الفصل الثاني من قسمة الذخيرة حتى لو حدثت
الزيادة فيها تنفذ وصاياه الا ترى ان من اوصى بجارية لرجل فولدت ولدا وكسب كان الولد
والكسب لورثة الميت وان حدثت الزيادة بعد القسمة يكون للموصى له وان كانت الجارية
مع الزيادة لا يخرج من راس المال كذا في شهادات الجامع لقاضي خان فلا بد من البينة على ان
الشاهد يفيد وهذا جواب عن قولهما ولا بينة الا على المنكر ولا يمنع ذلك باقرار وهذا
كله جواب اشكال ذكر في الوجيز وقال وان حضر اثنان من الورثة وطلبا قسمة العقار
والباقي غايب والقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل احد الحاضرين مدعيا عليه
الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقي الورثة. **فان قيل** كيف يجعل احدهما مدعى
عليه وكل واحد منهما مقر بما يدعيه والمدعى لا يصلح خصما للمدعا **قلنا** كل واحد منهما انما
يقر على الغير والاقرار على الغير باطل ووجوده وعدمه بمنزلة الا ترى ان من ادعى على ميت
دينا واقر به وصيه فان المدعي يكلف اقامة البينة وينصب الوصي خصما له وان كان بالاقرار
مقرا بخلاف المنقول الى اخره يعني ان معنى النظر للميت في المنقول في القسمة من وجهين احدهما
ان العروض يخشى عليها التوى والتلف وفي القسمة تحصين وحفظ لها واما العقار فمحصن
بنفسه لا يخشى عليه التلف ففي القسمة قضاء على الميت بقطع حقه عنه والباقي ان في العروض
ما ياخذ كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض في حق غيرهم فيحصل ذلك
مضمونا عليهم بمعنى النظر للميت وذلك لا يوجد في العقار فانه لا يصير مضمونا على من اثبت يده
فيه عند ابي حنيفة رضي الله عنه كذا في المبسوط ولو كان في ايديهم دار فاقروا انها دار اشتروها
من فلان الغايب وسالوا القاضي قسمتها اجابهم القاضي الى ذلك ثم قال في جواب ابي حنيفة
رضي الله عنه عن هذه المسالة فقال فاما في الشراء فقد روى عن ابي حنيفة في غير رواية
الاصول ان القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا الطريق اي على
الطريق الثاني الذي ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله يسلم كما هو ظاهر الرواية فيقول لا يصادر
بالقسمة في المشتري لا يتضمن حق قطع البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم البائع بخلاف
الميراث ذ قال في الوجيز بخلاف فصل الشراء على ظاهر الرواية لان القسمة هناك لا يتضمن بطلان
شيء من ملك البائع لان المشتري بعد القبض ملك المشتري فاذا ادعوا الملك اسفل بسبب الارث
او غيرهما قسمة بينهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي له هذه اشارة الى قوله قسمه
بينهم بمجرد دعواه الملك من غير ان يقيم البينة على ما ادعوا من الملك ومسالة الجامع الصغير على
خلاف ذلك حيث اشترطت هناك اقامة البينة على الملك في حق جواز القسمة فلذلك اعاد لفظ
الجامع الصغير في الكتاب وهذه المسالة في الجامع الصغير مذكورة في كتاب القضاء مسه ونيه

بقرينتان

[illegible]

لا يوجد عند صاحب القليل لم نرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا
جميعا قسمتها لا يقسمه القاضي بينهما وكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة
بذلك من المبسوط والوجه اندرج فيما ذكرناه لانه لما اقام الدليل على اعتبار قول صاحب
الكثير بقوله لان الاول منتفع به واقام الدليل ايضا على اعتبار صاحب القليل وهو قول
الخصاف بقوله لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه كان الدليل
يتناول الحاكم رحمه الله ايضا لا محالة واذا كان كل واحد يستضر بضرره بان كان بيتا صغيرا
بينهما لم يقسمه القاضي عند طلب احدهما لان الطالب للقسمة منهما متعنت **فان قيل** القسمة
تمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة تفوت ذلك فالطالب منهما اما يقصد
التعنت والاضرار لشريكه فلا يجيبه الى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لان
في القسمة ضررا لان المقصود بالقسمة ايصال منفعة الملك الى كل واحد من الشركاء وفي الحائط
والحمام يفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل
القسمة فلا يقسمه القاضي بينهم لانه لا يشتغل بما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم
بالتراضي لم يمنعهم من ذلك لانهم لا يشتغل بما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضي
لم يمنعهم من ذلك لانهم لو اقدموا على اتلاف الملك لم يمنعهم في الحكم كذا اذا تراضوا على
القسمة فيما بينهم كذا في المبسوط ويقسم العروض اي جبرا اذا كان من صنف واحد لان في حق التراضي
لا يشترط الصنف الواحد ويدل على هذا ايضا سياق قوله فثبت لنا التراضي وجبر القاضي
ويدل ايضا سياق ما ذكر في المبسوط بلفظ الاجبار صريحا حيث قال واذا كان المقسوم بين
اقوام ميراثا او شراء فاراد بعضهم قسمته وكره ذلك بعضهم وقامت البينة على الاصل فان
القاضي يقسمه بينهم لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن التفاوت
في المقسوم فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى المعاوضة ومعنى التمييز يثبت للقاضي
ولانه احيانا يعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان او عروض من الثياب او مما يكال
او يوزن يعتد اتحاد الجنس جبر القاضي على القسمة عند بعض الشركاء الا في الرقيق **قوله** رحمه
الله والابل بالنصب على كل موزون وفي بعض النسخ والابل وهو مناسب لما قبله وذكر الابل
مناسب لما بعده ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا اي ولا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة
جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم
الشاة بينهم جميعا على ما يستحقوا منها وكذلك في البعير وغيره لان الاجناس اذا اختلفت كانت
القسمة بطريق الجمع قطعا لبعض المنفعة لا تكميلا الى هذا اشار في الايضاح وقال في الذخيرة
والحاصل ان القاضي لا يقسم الاجناس المختلفة من كل وجه قسمة جمع اذا ابى ذلك بعض
الشركاء بان كان بين الرجلين ابل وبقر وغنم فطلب احدهما من القاضي ان يجمع نصيبه
في الابل او في البقر فالقاضي يقسم على هذا الوجه وفي الجنس المتحد يقسم الاعداد قسمة
جمع عند طلب البعض بان كان بين رجلين عدد كثير فطلب احدهما من القاضي ان يجمع نصيبه
في طائفة فعل القاضي ذلك ولا يقسم الاواني المختلفة بالاجناس بسبب الصيغة
وان كان اصلها واحدا كالاجانة والقمقم والطست المتخذة من الصفر مثلا فلذلك لا يقسمها
القاضي بينهم جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن اذا اختلفت بالصنعة كالقبا والجبة
والقميص لا يقسمها القاضي بعضها في بعض ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الجنس هذا احتراز
عن اختلاف الجنس ذكر في المبسوط فقال واذا كان بين الشركاء ثوبا رطبا وثوبا هرويا وبساطا
وبساطا لم يقسمه الا برضاه لان في الاجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فان
كان واحدا من الشريكين يملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عن ما يملكه
من نصيبه بقسمه من الجنس الاخر وفي المعاوضات لا بد من التراضي ولا يقسم ثوبا واحدا
عند طلب احد الشريكين دون الاخر لاشتمال القسمة على الضرر فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما
وفي قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك

فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم

[illegible]

جميعا قسمة سهما لوجود التراضي منهما لتمام هذا المورد قال بعض مشايخنا رحمهم الله لا يفعل
ذلك وان تراضيا عليه ولكن لو اقتسما فيما بينهما [illegible] من ذلك لان في هذه القسمة الا أن
جبروا القاضي بعضنا به تحصل ولا يليق كذا في المبسوط بخلاف ثلاثة اثواب بين رجلين فاراد
احدهما قسمتها وأبى الاخر فان النظر في ذلك ان كان قسمتها من غير قطع بان يكون قيمة ثوبين
مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها سهما فيعطي احدهما ثوبان والاخر ثوبا وان كان
لا يستقيم لا يقسمها سهما الا ان يتراضيا فيما بينهما على شيء كذا قال في الكتاب والاصح ان يقال
ان استوت القيمة فكان نصيب كل واحد منهما ثوبا ونصفا فانه يقسم الثوبين سهما ويدع الثالث
مشتركا وكذلك ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وثلثي الاخر والقسم الثاني ثوبا
وثلث الاخر او احد القسمين ثوبا وربعا والاخر ثوبا وثلاثة ارباع فانه يقسم بينهما ويترك
الثوب الثالث مشتركا لانه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم
الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك اذا تيسر ذلك في البعض **قوله** رحمه الله ثلاثة
ارباع بالجر بالعطف على ثوب وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر اي لا يجبر
على القسمة عند ابا البعض ما كان يجبر على القسمة عند اتحاد جنس الحيوانات من الابل والبقر على
ما ذكرنا وعندهما يجبر عليها كما في الابل والبقر والغنم على ما ذكرنا وعندهما يجبر عليها كما في
الابل وحاصله ان الرقيق اذا كان بين اثنين وهو على وجوه ان كان في الرقيق دواب او عروض
او شيء اخر فان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم الا برضاهم وان كانوا الكل ذكورا او اناثا ليس مع
الرقيق شيء اخر فطلب بعض الورثة قسمتها وأبى الباقي البعض لا يقسم القاضي بينهم
في قول ابي حنيفة رضي الله عنه ولا يجبرهم على ذلك وقال صاحباه يقسم ويجبرهم على القسمة
كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجبار
على قسمة الرقيق الا ان يكون مع الرقيق شيء اخر من محل القسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم
القاضي قسمة جمع وكان القاضي ابو بكر الرازي رحمه الله يقول تاويل هذه المسالة ان
يقسم ذلك برضا الشركاء فاما عند كراهة بعضهم فالقاضي لا يقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس
في الرقيق لا يقسم قسمة الجبر عند ابي حنيفة رحمه الله باعتبار ان الجنس الاخر الذي هو مع
الرقيق يحل اصلا في القسمة وحكم القسمة جزا ثبت فيه فيثبت في الرقيق ايضا تبعا
وقد يثبت حكم العقد في الشيء تبعا وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب والطريق في
البيع والمنقولات في الوقف كذا في المبسوط والذخيرة وله ان التفاوت في الادمي فاحش
لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم
من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية والخياطة والكتابة فمتى جمع نصيب كل واحد
منهم فاته سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافراز فلم يكن مستحقة لقسمة الجبر
والاجناس المختلفة الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوانات جنس
واحد حتى اذا اشتراه نصا على انه عبد فاذا هو جارية بخلاف سائر الحيوانات اي لا ينعقد
العقد في الاول وفي الثاني ينعقد **فان قلت** ما جواب ابي حنيفة رحمه الله عن ما
لو قال لان الرقيق كسائر الحيوانات في سائر العقود الا ترى انها تثبت في الذمة مهرا ولا تثبت
سلما فيجب ان يحل في القسمة ايضا كسائر الحيوانات وهذا لانه لو تزوج امرأة على عبد صحت
التسمية ولو كانت الجهالة فاحشة لما صحت كما لو تزوجت امرأة على ثوب او حيوان **قلت**
جوابه ان الجهالة في الرقيق جهالة فاحشة لكنها لا تمنع الحبس لان ملك الجهالة وان فحشت
لم تعتبر ما دونه من الجهالة [illegible] ايضا والحجة الظاهرة لابي حنيفة ايضا ما قاله
اصحابنا جميعا فيمن دفع الى اخر الف درهم مضاربة فاشترى المضارب بها عبدين كل واحد
منهما يساوي الفا ان اعتق المضارب لا ينفذ ولو كان بحق القسمة حتى صار للمضارب الربع من
كل عبد للمضارب وكان ينفذ عتقه كما اذا كان عبدا واحدا قيمته الفان وكذلك لا يلزم الزكوة
في نصيبه ولو اعتبرنا جنسا واحدا لوجبت كما لو اشترى اغناما فان الزكوة في نصيبه

حيث

حيث قالوا بانه اذا ملك شيئا من العبدين ينبغي انه تعتبر كل عبد على حدته كانه ليس معه غيره
وفي حق اثبات الشركة بينهما وعند ذلك لا يفضل كانه ليس معه غيره في حق اثبات الشركة
بينهما وعند ذلك يفضل شيء من العبد عن راس المال فلم يثبت له الملك وكانت هذه المسالة
ناقضة لما قال الاخر [illegible] كذا في المبسوط والاسرار ولا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا
انه [illegible] في اواخر هذا الفصل بقوله ان كل واحد يستنصر بتبعيض ولم يقسمها الا بتراض
لان الجبر في القسمة لتكميل المنفعة الى اخر [illegible] من الارض بكل قطعة على حيالها وان
[illegible] القسمة ليس فيها [illegible] يجمع على [illegible]
كذا في المحيط قال رحمه الله في المبسوط وان كانت الدور بين قوم فاراد احدهم ان يجمع نصيبه
منها في دار واحدة وأبى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار منهم على حدة ولم يقسم [illegible]
البعض الا ان يصطلحوا على ذلك في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد
الراي في ذلك الى القاضي ينبغي ان ينظر الى ذلك فان كانت اصلح [illegible] اذا جمعه في دار
كان اعدل القسمة جمع ذلك لان المعتبر في ذلك المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود
دفع ضرر واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم [illegible] نصيبه فاذا قسم الكل
قسمة واحدة يجمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة فيتيقن بذلك والقاضي نصب ناظرا
فيمضي [illegible] على وجه يرى النظر فيه فيفوض الترجيح الى القاضي ان راى النظر ان يقسم
كل دار فعل ذلك [illegible] كذا في الفوائد الظهيرية [illegible] ثلاث فصول
عند ابي حنيفة رحمه الله الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت متفرقة او مجتمعة
[illegible] يتفاوت في معنى السكنى والبيت اسم لمسقف له دهليز فلا يتفاوت
في المنفعة [illegible] الا ترى انها تؤجر باجر واحد في كل محلة فيقسم قسمة واحدة وان كانت
متفرقة يقسم كل منزل على حدة سواء كانت في محال او في دار واحدة [illegible] وبعضها
[illegible] لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل يتفاوت في معنى السكنى ولكن [illegible]
[illegible] التفاوت فيها [illegible] في مكان واحد [illegible] فاذا كانت في اماكن متفرقة
يقسم قسمة واحدة [illegible] كلها [illegible] لان ينظر القاضي الى اعدل الوجوه [illegible]
القسمة على ذلك كذا في المبسوط لانه اي لان الرجل [illegible] الدار والبيت على ما مر في باب
الحقوق من كتاب البيوع ان الاجارة منافع الدار بالحانوت [illegible] اجارة الدار [illegible]
الحانوت [illegible] منافع الدار فتوجه حرمة الربا [illegible] والله اعلم

فصل في كيفية القسمة

[illegible] ما يقسم وما لا يقسم احتاج الى بيان كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية
[illegible] الموصوف [illegible] ان يصور ما يقسمه
في صورة [illegible] الى القرطاس
[illegible] القاضي حيث [illegible]
[illegible] السهام [illegible] اذا كان لاحدهم نصف ولاحد
الاخر ثلث [illegible] سدس [illegible] الاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث
فان خرج السدس اولا يرفع من السهم الاول وهو النصف [illegible] الى الاخر
وقال [illegible] رحمه الله صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدسها وللاخر نصفها
وللاخر ثلثها [illegible] ستة اسهم [illegible] الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث
على هذا [illegible] اساميهم [illegible] اسمه اولا فله السهم الاول
فان كان ذلك [illegible] فان كان صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله
الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذي يليه ثلاثة وعلى هذا
قاضي خان رحمه الله [illegible] احدهم عشرة اسهم والثاني خمسة اسهم والثالث
سهم واحد فارادوا قسمتها واراد صاحب العشرة اسهم ان يجمع سهامه متصلة موضع واحد

[illegible]

فانه

فانه يجوز وان كان لا ينتفع في المشترى ولهذا لانه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق
والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل النظر له فاما في القسمة فالمقصود ايصال
كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يمكن له منفذ الى الطريق ولا مسيل ماء وهو قسمة
وقعت على ضرر فلا يجوز الا ان يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك على انهما قصدا ادخال
الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمهما ان القسمة لا تصح بدونهما في هذه المواضع ولو ذكر
الحقوق في الوجه الاول اي فيما امكن صرف الطريق والمسيل عنه لم يكن المراد من ذكر
الحقوق اي مطلقا بان قال هذا لك بحقوقه فاما اذا قال هذا لك بطريقه وشربه
ومسيل مائه فانه يثبت هذا الحق نصا اينما بلغ وجوه الاثبات كذا في مبسوط
الامام ابي زيد رحمه الله لذلك الجواب اي انما يستحق الطريق والمسيل من وقع له
نصيب من الدار في الارض في القسمة بذكر الحقوق اذا لم يمكن له الاستطراق والمسيل
في نصيبه واما اذا امكن فلا يستحق الطريق والمسيل بذكر الحقوق وهكذا ذكر في
الذخيرة وقال واذا ذكر الحقوق والمرافق في القسمة فانما يستحق احدهما طريق الآخر انما
اذا امكنه ولا القسمة في هذا بخلاف البيع فان الطريق والشرب يدخلان في البيع بذكر
الحقوق والمرافق وان كان للمشتري امكان فتح الطريق في نصيبه وان كان يسقي الارض
من نهر آخر وشرح هذا في المبسوط في الباب الاول من كتاب القسمة فقال واذا كانت
الدار بين رجلين وفيها صفة وفيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء البيت على ظهر
الصفة اي على سطحها فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا
طريقا ولا مسيل ماء ولا بيت وصاحب البيت يقدر ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة
ويسيل ماءه في ذلك فاراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس
له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما ان له ما اصابه بكل حق له او لم يشترط ذلك والقسمة
في هذا بخلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر في البيع المرافق والحقوق دخل الطريق
ومسيل الماء وان لم يذكر الحقوق والمرافق لم يدخل والفرق ان المقصود بالبيع ايجاب
الملك وقصد المشتري لم يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل الا ان ذلك
خارج من الحدود فلا يدخل في البيع مطلق تسمية البيت الا ان يذكر الحقوق
والمرافق فاما المقصود في القسمة تمييز احد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد
منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا مشاركة للآخر فيه وانما يتم هذه المرافق اذا لم
يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب احدهما من نصيب الآخر من كل وجه فلهذا لا يدخل
مع ذكر المرافق والحقوق يوضح الفرق ان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار
المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل في البيع فعند ذكر الحقوق والمرافق
عرفنا انهما قصدا ذلك فاما في القسمة فالمقصود التمييز دون الاسترباح فعند ذكر الحقوق
والمرافق لا يتبين انهما لم يقصدا التمييز وتمام التمييز ان لا يبقى لاحدهما في نصيب
الآخر طريق ومسيل ماء فان لم يكن معدوم للطريق والمسيل ما فان كان ذكر في كتاب
القسمة ان لكل واحد منهما ما اصابه بكل حق هو لها جازت القسمة وكان طريقه في الصفة
ومسيل ماءه على سطح ما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة
بخلاف البيع فانه صحيح وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود في البيع ملك
العين المالية وقد ذكرناه وفي الوجه الثاني يدخل فيها اي لو ذكر الحقوق في الصورة
التي لا يمكن الاستطراق والمسيل في نصيبه يدخل الطريق والمسيل في القسمة وقد يدخل
عند التخصيص باعتبار اي باعتبار التمليك يدخل الطريق عند التخصيص وفيها اي
في القسمة اي معنى الافراز فباعتباره يدخل من غير تخصيص اي باعتبار معنى الافراز
لا يدخل الطريق في نصيب الآخر من غير تخصيص بذكر الحقوق وذلك لان معنى الافراز
لما كان مراعى في القسمة كان ينبغي ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه

وان ذكر الحقوق لانه حينئذ لا ينقطع الحمل الانقطاع والافراد من كل وجه لكن والقسمة
وان كان معنى الافراز ففيه معنى تكميل المنفعة ايضا فيدخل الطريق والمسيل في القسمة
عند ذكر الحقوق ورعاية جانب تكميل المنفعة بخلاف الاجارة وهذا اوذكر مسالة الاجارة
شبهة في المبسوط بعد ذكر الفرق بين البيع والقسمة في دخول الطريق والمسيل في البيع
بذكر الحقوق في الصورتين بخلاف القسمة على ما ذكرنا فقال فان قيل فعلى هذا ينبغي ان
يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق ليصح القسمة كما لو استاجر
ارضا يدخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق ليحصل المنفعة قلنا
هناك موضع الشرب والطريق ليس مما يتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع
بالمستاجر والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب
توفير المنفعة عليهما فاما ها هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب
القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب الاخر
تضرر به الاخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق
والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق ولو اختلفوا اي الورثة
قبل القسمة في رفع الطريق بينهم المراد من الرفع ان لا يدخل الطريق في القسمة حتى
يبقى مشتركا كما كان لتحقق الافراز الخالص دونه اي دون رفع الطريق اي من غير رفع
الطريق جعل على عرض باب الدار لان باب الطريق متفق عليه والمختلف فيه يرد على
المتفق عليه رده لا فائدة في جعل الطريق اعرض من باب الدار لانه ما لم يدخل الطريق
من بابه الدار لا يحتاج في ذلك الطريق واذا جعل الطريق اضيق من باب الدار يتضرر
به الشركاء ومقصود كل واحد منهم ان يخرج الى مسكنه في ذلك الطريق ما يدخله في باب
الدار فلهذا يجعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله كذا في المبسوط ثم المراد من
طول الطريق هذا الطول من حيث الاعلى لا طوله من حيث المشي كذا ذكره شيخ الاسلام
رحمه الله في مبسوطه وقال لم يرد محمد رحمه الله هذا الطول الذي ضد العرض
ان في ذلك الطول انما يكون الى حيث يتوصلون بها الى الطريق الاعظم وفائدة تسمية
ما وراء الطول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا اراد ان يخرج جناحا في نصيبه
ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهوى فيما زاد على طول الباب مقسوم
بينهم فصار ثابتا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع عن ذلك لان
قدر طول الباب من الهوى مشترك فيما بينهم والبناء على الهوى المشترك لا يجوز من غير
رضا الشركاء وان كان ذلك ارضا يرفع مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد له من المزارعة
ولا يحصل بمقدار الطريق مقدار ما يمر ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه
كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما بيناها وهذا ارضا في الرحبين
وان كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له صورته ان يكون علوا مشتركا بين رجلين
وسفله لرجل اخر وسفل مشترك بين هذين الرجلين وعلو لاخر فطلبا القسمة من
القاضي او طلب احدهما عند ابي حنيفة رضي الله عنه يحسب من القسمة ذراع من
السفل بذراعين من العلو وقال ابو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف
والسفل بالنصف وقال محمد رحمه الله يقسم على قيمة السفل والعلو فان كانت
قيمتها على السواء يحسب ذراع بذراع وان كان قيمة احدهما ضعف قيمة الاخر يحسب
من الذي قيمته على الضعف ذراع بذراعين من الاخر حتى يستويا في القسمة كذا ذكر
في الذخيرة فقيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره فان ابا حنيفة رحمه الله اجاب
على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف رحمه الله اجاب على
ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد
رحمه الله شاهد اختلاف العادات في ذلك البلدان قال انما يقسم على القيمة وقيل هو بناء

على

[illegible]

[illegible]

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

[illegible]

فصل [illegible]

[illegible]

سهم وان كان الدين غير مستغرق للتركة فالقياس ان لا تنفسخ القسمة ايضا بل يوقف الكل لان
الدين شاغل لكل جزء من اجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك
لصاحب الدين وهذا القياس قول ابي حنيفة رحمه الله الاول لكنه استحسن فقال قلما
تخلو التركة عن دين يسير فلا ينبغي ان يتوقف عشرة الاف بدين عشرة دراهم فالاحسن ان ينظر
الى البعض جميعا فيوقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين
الورثة مراعاة لحقهم وعند هلاك الموقوف انتقض حيث ان في ايديهم يقوم بما يصيبه من ذلك يضمنونها
بانه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه فلا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك فقيل هذا على قول
ابي حنيفة رحمه الله اما على قولهما يأخذ كفيلا منه وان لم يكن الدين معلوما للقاضي
هل عليه ام لا فان قالوا لا فالقول قولهم واقسم المال بينهم لم يسلمهم بالاحتياط وهو نوع
ذمة الميت من الدين وان المال في ايديهم فقد زعموا انه خالص حقهم فيقبل قولهم وان
ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم تسمع القسمة فكذا
اذا ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة لانه تبين ان القسمة كانت قبل اوانها فان اوان
القسمة بعد قضاء الدين كذا في المبسوط والذخيرة ولو ابرأ الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة
من مالهم والدين محيط جازت القسمة وكذلك اذا ظهر الموصى له بالالف المرسلة او ادى
الورثة الالف المرسلة جازت قسمتهم على ما كانت **فان قلت** ما الفرق بين
هذا وبين ما اذا ظهر الوارث والموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة فان الورثة
لو قضى حق الموصى له بالثلث او حق الوارث الذي ظهر من الثلث لا ينقض القسمة
ليس لهم ذلك الا ان يرضى الوارث الذي ظهر والموصى له بالثلث بخلاف الغريم
والموصى له بالالف المرسلة فان الورثة لو قضوا الواجب تقضي حقهما من مالهما ولا تنقض
القسمة قلتم ذلك **قلت** الفرق بينهما من انهما لعين الانتهاء في المسالتين جميعا بالاستيفاء
او في ابتداء القسمة اذا ارادوا ان يقسموا التركة فيما بينهم ويعطوا حق الوارث والموصى
له بالثلث او بالربع من مالهم ليس لهم ذلك الا برضى الوارث والغريم لان حقهما في عين التركة
التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وكذا في الانتهاء واما اذا ارادوا ان يقسموا التركة
ويعطوا حق الغريم والموصى له بالالف المرسلة من مال لهم كان لهم ذلك لان حقهما في معنى
التركة وهي المالية لا في عين التركة وفيما يرجع الى المالية التركة ومال الوارث سواء
بعد في الانتهاء وعن هذا قالوا واذا كان للميت مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للغريم
ولا للموصى له بالالف المرسلة حق نقض القسمة بل يعطى حقهما من المال الذي لم يدخل تحت
القسمة كذا في الذخيرة ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه اي لو ادعى احد
الورثة بعد ما قسمت التركة فيما بينهم ان له على الميت دينا كذا في الاوضاح او دينا صح بخلاف
ما اذا ادعى عينا من اعيان التركة بانه كان لي لكنه اشتريته من الميت حال حيوته لا يصح
دعواه والفرق بينهما هو انه في دعوى العين مناقض لان اقدامه على قسمة هذه
العين اقرار منه بصحة هذه القسمة في هذا العين ولا يصح القسمة فيه بين الورثة
لو كان ملكا لهذا الوارث وكان الاقدام على القسمة اقرار منه بصحة هذه القسمة ان هذه
العين ليس له فبعد ذلك بدعواه انه له يصير متناقضا واما في دعوى الدين فانه
غير متناقض لان القسمة صحيحة مع قيام الدين لما ذكرنا ان حق الغريم في مالية التركة
لا في عينها الا ان للغريم حق نقض القسمة وان باشرها لان مباشرة القسمة لا يكون اعلا
حالا من اجازة القسمة نصا والغريم اذا اجاز القسمة ثم اراد نقضها فله ذلك فهاهنا
اولى كذا في الذخيرة والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في المهاياة

ان المهاياة قسمة المنافع وهي اعراض وقدم الاعيان لكونها افضل لان الاعيان قائمة
بنفسها والمنافع فرع عليها لانها تقوم بالاعيان فقدم الاصول على الفروع كما في وجهها فيحتاج

ههنا الى تفسير المهاياة لغة وشرعا وحكما وكيفية جوازها اما تفسيرها لغة فانها مشتقة
من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والمهاياة من تهيأ وهو ان يتواضعوا على امر
ويتراضوا وحقيقته ان كلا منهم يرضى واحدة ويختارها او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين
على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول قال هايا فلان فلانا وهيا القوم واما تفسيرها
شرعا فهي عبارة عن قسمة المنافع واما حكمها فهو الجواز استحسانا على ما ذكر في الكتاب
دون القياس فان القياس يابى جواز المهاياة لانها مبادلة المنفعة بجنسها كل واحد من
الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ولكنا
تركنا القياس وجوزناها بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم
شرب يوم معلوم وهذا هو المهاياة واما السنة فما روي ان الرجل الذي خطب تلك المراة
بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له عليه الصلاة والسلام ما تصدقها قال
نصف داري هذا قال اذا اجلست في بيتك يوما وهذا هو تفسير المهاياة ولان المنافع يجوز
استحقاقها بالعقد بعوض وبغير عوض في الاعيان المشتركة عند امكان التعديل جائز فكذلك
في المنافع المشتركة ولهذا يجبر القاضي الشركاء على المهاياة اذا طلب ذلك بعضهم واباه البعض
والذي لم يطلب قسمة العين واما كيفية جوازها فقد اختلف العلماء فيها بعضهم قالوا
ان جرت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي
تعتبر افرازا من وجه ومبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بنقض المهاياة واذا طلب
احدهما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل اجبر الاخر عليها وان جرت في الجنس المختلف كالدار
والعبد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهما وهذا لما ذكرنا ان المهاياة
قسمة المنافع وتعتبر بقسمة الاعيان وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس
المختلف واعتبرت مبادلة من وجه افرازا من وجه في الجنس الواحد من الاعيان كالثياب
حتى لا ينفرد احدهما بنقض القسمة ولكن اذا طلب احدهما اجبر الاخر عليه لان التفاوت
يسير وكذا في قسمة المنافع وبعضهم قالوا ان المهاياة في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة
تفاوتا يسيرا تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لان المهاياة جائزة في الجنس الواحد
ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد لانه حينئذ يكون مبادلة المنفعة
وانه يحرم ربا النسا والاول اصح لان العارية ما يكون بغير عوض وهذا بعوض لان كل واحد
منهما ما ترك من المنفعة من نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه انما ترك بشرط ان يترك
صاحبه نصيبه عليه في نوبته وانما لم يحرم النسا باحد وصفي علة ربا الفضل لان
الدين مع العين لا يستويان في العدد الا ان للعين فضلا من حيث الجودة لان العين افضل
من الدين واجود منه الا ان الفضل من حيث الجودة لا يحرم عند وجود وصفي علة الربا
ومع القدر ومع الجنس فلان لا يحرم عند وجود احد وصفي علة الربا اولى الا انا اثبتنا هذه
الحرمة عند وجود وصف علة ربا الفضل وهي القدر والجنس بالنص بخلاف القياس
والنص ورد فيما هو مبادلة من وجه فعملنا بما يقتضيه القياس كذا ذكر في المبسوط والمغني
والذخيرة على ان يسكن هذا طائفة اي ناحية من الدار وهذا طائفة اي ناحية اخرى
منها وهذا علوها وهذا سفلها جاز ثم اذا انهدم العلو جاز لصاحبه ان يسكن مع صاحب
السفل لانه انما رضي بسقوط حقه عن سكنى السفل بشرط سلامة سكنى العلو له ولم يسلم
حين انهدم وكان هو على حقه في سكنى السفل ووزنته في منزله كذا في المبسوط والتهايؤ
في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب الدار ويسكن هذا في جانب اخر منها في زمان
واحد لانه اذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل افرازا لا مبادلة للامكان من الافراز لانهما اذا
تهايا مكانين في زمان واحد يتحقق معنى الافراز واما اذا كان التهايؤ في زمانين في مكان
واحد لا يمكن جعلها افرازا بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الاخر في نوبته فكان مبادلة
لا افرازا ولهذا لا يشترط فيه التاقيت وهذا ايضا ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة

لاشترط

[illegible]

لان لا عناء لحصته ملكه اي بنوع حصة من الشجر او الغنم والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما تقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها اعلم ان المزارعة من المكاسب وكانت المحاسن والاسباب المدلولة في البيوع مذكورة هنا وما ذكر في الكتاب في معنى المزارعة لغة وشرعا اغنانا عن ذكره وما سوى ذلك ظاهر

رحمه الله قال ابو حنيفة رضي الله عنه المزارعة بالثلث والربع باطلة واعلم ان المزارعة بالثلث والربع مع انه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث الذي جاء بذلك وهو ما ذكر في المبسوط بقوله روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن المخابرة قيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما حصل في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير او نقول لو لم يقل بهذا الطريق وهو تعيين قدر النصيب شائعا وجب ان لا يبين قدر نصيب المزارع اصلا او يبين قفزانا مسماة وكل واحد منهما مفسد للمزارعة بالاجماع والذي يجب منه مساق لبيان مذهب ابي حنيفة رحمه الله على الخصوص بان المزارعة فاسدة ولا نعلم ذلك الا بهذا الطريق الذي ذكر في الكتاب وذكر في الذخيرة واذا اراد رب الارض والمزارع ان يطيب لهما الربح عندهما اي موضع فسدت المزارعة عندهما او عند ابي حنيفة رضي الله عنه صحت المزارعة عندهما فالوجه في ذلك ما حكي عن الشيخ الامام اسمعيل الزاهد رحمه الله انه قال يميز النصيبان نصيب رب الارض ونصيب المزارع ويقول رب الارض للمزارع وجب لي عليك اجر مثل الارض ونقصانها ووجب لك علي مثل اجر عملك وقدر بذرك فهل صالحتني على هذه الحنطة وعلى ما وجب لك علي بما وجب لي عليك فيقول المزارع صالحتك ويقول المزارع لرب الارض هل وجب لي عليك اجر مثل عملي وبذري ووجب لك مثل عملي وبذري على مثل اجر الارض ونقصانها فهل صالحتني عن ما وجب لك على ما وجب لي عليك وعلى هذه الحنطة فيقول رب الارض صالحتك فاذا تراضيا على ذلك جاز ويطيب لكل واحد منهما ما اصابه لان الحق بينهما ما يعدو بما فاذا تراضيا على ذلك جاز فقد زال الموجب للخبث لانه لا انزهنا لك للعمل لانه فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العاقل فلم تحصل البركة لانه استيجار الدليل على انه استيجار انه لا يصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارات فكان هذا استيجار ببعض ما يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطحان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن كذا من الحنطة بقفيز من دقيقها ولان الاجر مجهول اي على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم بنصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منها او اكثر او معدوم اي على تقدير ان لا يخرج من الارض شي او اصابه افة وان ذلك الاجر لا يثبت في الذمة فيكون معدوما حقيقة بخلاف ما اذا استاجر شيئا وليس في ملكه شي من الاجر حيث يصح الاستيجار لوجود الاجر في الذمة ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وخراج مقاسمة فالوظيفة هو ان يوضع الامام كل سنة على مال كما صالح النبي عليه الصلوة والسلام مع اهل نجران على ان يؤدوا كل سنة الفا ومايتي حلة مائة منها في محرم ومائة في رجب والمقاسمة هي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض كما صالح النبي عليه الصلوة والسلام مع اهل خيبر على ان ما يخرج من اراضيهم نصفه للنبي عليه الصلاة والسلام ونصفه لاهلها كذا ذكر الامام المحبوبي رحمه الله في ذكره الجامع الصغير وليس في هذا الحديث حجة لمن جوز المزارعة لان ذلك كان على سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز فانه عليه الصلوة والسلام ملكه غنيمة فانه كان ما ترك في ايديهم فضلا وقد ورد في هذا الحديث انه عليه الصلاة والسلام

[illegible]

قال لاهل خيبر اقركم ما اقركم الله ورسوله امركم على ما امركم الله به ولم يبين مدة معلومة
وقد اجمعوا على عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة المعلومة فلم يصح الحديث حجة واما
الجواب عن الاعتبار بالمضاربة فلنا لا يصح الاستدلال بعقد المضاربة لان معنى الشركة ثم
غالب حتى صح بدون ضرب المدة فيكون مستويا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة عقد
ينعقد على محض العمل كما في شركة الاعمال فلم يكن المزارعة نظير المضاربة ثم ان معنى المزارعة
في الاجارة اغلب لاشتراط المدة فيها بخلاف المضاربة فامتنع الاستدلال بعقد المضاربة
كذا في الايضاح والخارج كله في الوجهين اي فيما اذا كان البذر من قبل العامل او من قبل
رب الارض لصاحب البذر لانه نماء ملكه **فان قلت** ما وجه الفرق بين
هذا وبين مسالة الغصب وهي اذا اغتصب رجل من انسان بذرا فزرعه ان الزرع يكون
للزارع لا لصاحب البذر لان الخارج هناك نماء ملك صاحب البذر **قلت** الفرق
بينهما هو ان الغاصب هناك عامل لنفسه واضافة الخارج الى عمله اولى من الاضافة
الى البذر لانه في العمل مختار وهو المكتسب والمحصل وهاهنا هو عامل في بذر الغير بامر صاحب
الامر فيجعل العمل مضافا الى الامر في البذر لا مضافا الى الحالة كما لو وقع البذر بنفسه
كذا في الايضاح كما فصلنا وهو قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الى آخره
والثالث بيان المدة **فان قلت** ذكر بيان المدة مطلق ولم يبين مقدار المدة
لم يكون ولا شك ان المدة لو كانت قليلة جدا بحيث لا تدرك الزرع فيها لا يصح لعدم
الفائدة ولو كانت طويلة جدا بحيث لا يعيشان اليها كانت بمنزلة التأبيد لا يصح
ايضا فلا بد من ذكر مقدار المدة التي تصح بها المزارعة فكم هي **قلت** قال في الذخيرة
ومن الشرائط بيان المدة بان يقول الى سنة او الى سنتين او ما اشبهه وان بين وقتا
لا يتمكن فيه من المزارعة فسدت المزارعة فصار ذكره ولا ذكروا ولذلك اذا بين
مدة لا يعيش احدهم الى مثلها غالبا لا يجوز لانه يصير في معنى اشتراطهما العقد الى ما
بعد الموت وذكر ابو علي النسفي رحمه الله ان مشايخنا رحمهم الله يقولون في الاجارة الطويلة
التي يعقد الى ثلاثين سنة اذا كان لا يتوهم حياة العاقدين الى تلك المدة غالبا بان كانا
شيخين كبيرين او احدهما لم يجز ذلك فكان هذا التوقيت دليل الغائب من الموت كالمتيقن
به فيجعل كانه قد مات وان كان في قدرة الله تعالى يعيش الى اخر الدهر وبعض مشايخنا
رحمهم الله جوزوا ذلك والى هذا مال الخصاف فكانه اعتبر بالنكاح فانه من تزوج امراة
الى مائة سنة او الى مدة لا يتوهم حياتهما في تلك المدة فان النكاح لا يجوز في ظاهر الرواية
وجعل ذلك بمنزلة نكاح موقت وعند محمد بن سلمة رحمه الله ان المزارعة من غير بيان المدة
جائزة ويقع على سنة واحدة اي على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله الى
عقد المزارعة يعقد على منافع الارض ~~واحدة اي على زرع واحد~~ وجه اي اذا كان البذر من
قبل العامل او منافع العامل اي اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها
اي للمنافع لتعلم بها اي ليعلم العقد بالمدة وفي المبسوط والمنفعة لا تعلم مقدارها
الا ببيان المدة فكانت المدة معيارا للمنفعة بمنزلة الكيل والوزن وهذا بخلاف المضاربة
فان هناك ما يتصرف المال لا يصير مستهلكا فلا حاجة الى اثبات صفة اللزوم لذلك العقد
وهنا البذر يصير مستهلكا بالالقاء في الارض فما حاجة الى القول بلزوم هذا العقد
لدفع الضرر عن الجانبين ولا يلزمون ذلك الا بعد اعلام المعقود عليه من الجانبين واعلاما
للمعقود عليه وهو منافع الارض اي اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل اي اذا
كان البذر من قبل رب الارض وبه صرح في المبسوط فلا بد من بيان المعقود عليه وجهالة
البذر من قبله يؤدي الى المنازعة فيهما ثم اذا كان البذر من قبل رب الارض او مستاجر
للعامل واذا كان من قبل العامل فهو مستاجر للارض فلا بد من بيانه وهذا اذا لم يذكر

لنظا

[illegible]

بهذا جائز وصاحب الارض معين له في العمل بغير ارضه لانه ما اشترط بازا منافعه ومنافع
ارضه عوضا فيكون متبرعا بذلك كله **فان قلت** التعامل فيما بين الناس بكون البذر
من احدهما والباقي من الارض في عقد المزارعة ظاهر فلو فسد هذا يقع الناس في الحرج فما
الحيلة في جوازه وكذلك لو كان البقر من احدهما والباقي من الآخر تعامل ظاهر **قلت**
الحيلة في ما ذكر في الذخيرة محالا الى النوازل وقال رجل له ارض اراد ان ياخذ بذرا من
رجل ويزرعها ويكون البذر بينهما فالحيلة في ذلك ان يشتري نصف البذر منه ويبرئه
البائع من الثمن ثم يقول له ازرعها بالبذر كله على ان الخارج بيننا نصفان لان البذر اذا كان
مشتركا بينهما فالخارج يخرج من محل مشترك بينهما فيكون بينهما دون الشرط مع الشرط اولى واما
الحيلة فيما اذا كان البقر من احدهما في رواية ابي يوسف رحمه الله فمنه بالجواز ولا نضمّ المزارعة
الاجارة معلومة على ما بينا اراد به قوله في بيان شروط المزارعة والثالث بيان المدة لانه
عقد على منافع الارض الى اخره فصار كما اذا شرطا دفع الخراج والارض خراجية ان يجوز
هذا لكن اهنا اعلم ان هذا الذي ذكره في مسئلة الخراج فيما اذا كان الخراج موضعه بان يكون
دراهم مسماة بحسب الخارج او نقرا ان ما سماه وهو لا يجوز لان الارض ربما لا يخرج الا ذلك المقدار
فكان هذا الشرط قاطعا للشركة واما اذا كان الخراج خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا
كالثلث او الربع لا تفسد المزارعة بهذا الشرط كذا في الذخيرة بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر
عشر الخارج لنفسه وهذا هو الحيلة في الجواز صاحب البذر بذره وطريق ذلك ان ينظر ان
مثل هذه الارض لم يخرج من مثل هذا البذر من البذر فان كانت تخرج عشرة اكرار والبذر كر
شرط لنفسه عشر الخارج والباقي بينهما فيجوز المزارعة ويحصل له رب الارض مقصوده كذا
في الذخيرة لانه معين معلوم الماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول
فارسي معرب ومثل ما يجتمع فيه ما السيل ثم يسقى منه الارض والسواقي جمع ساقية وهي
دون الجدول ودون النهر كذا في المغرب ويحتمل ان يكون بينهما فرق لذلك او ربما تعطف
احدهما على الآخر وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب اي لا تصح المزارعة ولما لم تصح
كان التبن والحب كله لصاحب البذر منهما كما هو الحكم في المزارعة الفاسدة كذا في المبسوط
اعتبارا للعرف عند الاشتباه واجب كذا في الذخيرة والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان
الاصل هو الحب حب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه كان التبع هو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا
للاصل وان لم يكن يذكر فيه الشركة وكان معنى قوله والتبع يقوم بشرط الاصل اي يتصف
التبع بصفة الاصل كالامام اذا دخل المصر وحده بصير خبره مقيما وان لم يكن في موضع
الاقامة وكذلك المولى مع العبد ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت
يعني ان حكم العقد يعني انهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لا بوجب العقد
فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد وان شرط التبن
للآخر ففي سخة وان شرطا التبن للآخر فاستحقاق غير صاحب البذر للشرط لو صححنا هذا
العقد ادى الى ان يستحق احدهما شيئا من الخارج بالشرط دون صاحبه فيما اذا حصل التبن
دون الحب بخلاف الاول فان استحقاق رب البذر ليس بالشرط بل لانه نماء بذره كذا في المبسوط
انه يستحقه شركة اي لان العامل يستحق ما شرطاه بطريق الشركة والحكم في الشركة
هكذا وهو انه اذا لم يوجد الربح لا شيء له فكذلك هاهنا وان كانت اجارة اي فاسدة او اجرة
المسمى فلا يستحق غيره اي المسمى لم يوجد هاهنا فلا يستحق غير المسمى **فان قلت** يشكل
على هذا ما اذا استاجر رجلا باجر وسمى عينا بعمل الاجير وهلكت الاجرة قبل التسليم يجب
على المستاجر اجر المثل فينبغي ان يكون هاهنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك
الاجر قبل التسليم **قلت** انما قلنا ان الاجر المسمى هاهنا بمنزلة الدين في العين
انما يستحق الاجر المسمى هاهنا في الاجرة التي عين في حق وجوب الاجر اي لو كان هذا والهلاك
ثم وليس كذلك لان اجر العين هلك قبل التسليم وهاهنا هلك بعد التسليم لان المزارع

[illegible]

فيصير البذر الذي يستزرع منه الخارج وقبض الاصل يقبض لمزرعه فيصير كالقابض للاجر من
هذا الوجه واجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شي آخر ولهذا اهملنا
كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله قال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا
ما بلغ الى ان قال وقد مر في الاجارات في هذا الذي ذكرناه من الحوالة ونوع تغيير لانه ذكر
في باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات في مسالة ما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما
بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز الاجر بقفيز لانه لما فسدت الاجارة فالواجب
الاقل مما سمى ومن اجر المثل وهذا خلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلا يصح الحط فمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة
يعلم ان عند محمد رحمه الله لا يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ الى ان قال وقد مر في الاجارات وذلك
يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة بلوغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك والاشكل
لها اي عن منافع الارض يجب رد قيمتها لانه استوفاها بالعقد الفاسد فكانت له قيمته كما في
العقد الصحيح ثم هو على الخلاف الذي ذكرناه في انه لا يزاد على ما شرطه له من الخارج عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمه الله ويزاد بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله ولو جمع بين الارض والبقر
اي لو كان الارض والبقر من واحد والبذر والعمل من آخر فسدت المزارعة وهو الوجه
الرابع الذي مر ذكره عند ذكر وجه المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو
الصحيح وهو احتراز عن قول بعض اصحابنا رحمهم الله فانهم قالوا معنى قول محمد رحمه الله فعلى
العامل اجر مثل الارض والبقر ان يلزم له اجر مثل الارض فاما البقر لا يجوز ان يستحق بعقد
المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل لا يكون بدون
انعقاد العقد فالمنافع لا تتقوم الا بالعقد ولكن الاصح ان عقد المزارعة من جنس الاجارة
ومنافع البقر لا يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فيستحق عليها عقد المزارعة بصفة
الفساد ويجب عليه اجر مثلها كما يجب اجر مثل الارض كذا في المبسوط واذا استحق رب
الارض الخارج بشرط اي لاجل ان البذر من جانبه في المزارعة الفاسدة بان سميا قفزانا
مسماة مثلا او نحو ذلك مما يفسد به المزارعة فان له جميعه اي جميع الخارج ولا يتصدق
بشي من ذلك لانه نماء ملكه حصل من ارضه بخلاف ما اذا كان البذر من قبل العامل فان
فيه على العامل مثل اجر الارض لرب الارض ويرفع عن الخارج قدر بذره وما انفق وما
غرم من اجر مثل الارض لصاحب الارض ويتصدق بالفضل فانه فضل زرع خرج له من
ارض غيره باجارة فاسدة فان هلك الخارج في هذه الصورة او لم تنبت الارض شيئا
فللعامل اجر مثل عمله كذا في الذخيرة وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله شيئا
الفرق بين الفصلين فقال اوجب التصدق في الزيادة متى امكن الخبث من منفعة
الارض ولم يجب متى تمكن في عمل العامل لان العمل وهو البذر والسقي لم يتصل بالزرع
حقيقة لان البذر لما وجد انعدم والسقي انما يكون بفتح الجدول وذلك مضى وانقضى
ولم يتصل حقيقة وان اتصل به حكما من حيث انه لا بد له من العمل لحصول الزرع كما لا بد
من منفعة الارض اتصال الخبث في العقد الفاسد من وجه دون وجه لا يوجب التصدق
كما لو تصدق بالدراهم الحاصل بالعقد الفاسد والخبث المتمكن بسبب الفساد في منفعة
الارض اتصل بالخارج حقيقة وحكما لان منفعة الارض متصلة بالخارج من اول ما نبت
الى وقت الادراك فاوجب الصدقة كما لو تصدق في العين المشتراة شراء فاسدا واذا عقد
المزارعة فامتنع صاحب البذر من عمله لم يجبر عليه الى آخره اعلم ان هذه المسالة في بيان
صفة المزارعة في الذخيرة واما بيان صفتها فنقول المزارعة لازمة من قبل من لا بذر من
جهته حتى لا يملك الفسخ الا بعذر وغير لازمة من قبل من له البذر وقبل القاء البذر في
الارض حتى يملك الفسخ من غير عذر وبعدما القى البذر في الارض تصير لازمة من الجانبين
حتى لا يملك احدهم الفسخ بعد ذلك الا بعذر لان من كان البذر من قبله فهو مستاجر اما

للعامل

العامل او منفعة الارض لانه بازاء عين ماله فيكون مستاجرا والمستاجر يجبر على قبض
المستاجر حتى يتاكد عليه البدل واما لا يجبر على الاستيفاء لان الاستيفاء خالص حقه لم يتعلق
به حق آخر فيكون بالخيار ان شاء استوفى وان شاء لم يستوف ولهذا قلنا ان من استاجر
دارا بدراهم يسكنها كان مجبورا على قبض الدار حتى يتاكد حق الآجر في البدل واما لا يكون
مجبورا على استيفاء السكنى بل بالخيار ان شاء سكن وان شاء لم يسكن وكذلك اذا استاجر
ارضا ليزرعها بدراهم فقيل ان المستاجر لا يكون مجبورا على استيفاء ما ملكه بالاجارة مثل
كذا في ذلك اذا وقعت الاجارة بالدراهم والدنانير وكذلك اذا وقعت الاجارة ببعض
ما يخرج منها لا يلزمه المسمى حرا مجبورا على المزارعة بل يكون مجبورا او بالخيار ايضا في
الزرع او يبقى لحق الآجر وتبقى الزروع في حق الآجر لا يعيد لانه متى يعقد لازما ولكن لصاحب
البذر نقض المزارعة وليس هو مجبورا على المزارعة بل يجب الاجر لان الاجر بعض ما يخرج
منها فمتى لم يزرع لم يوجد الاجر فلما جاز هذا ان يتعين البذر لحق الآجر لا يعتد بذلك
لانه غير لازمة في حق من كان البذر من قبله لهذا المعنى فامتنع صاحب البذر من العمل
لم يجبر عليه اي قبل القاء البذر واما بعد الالقاء فانه يجبر لان عقد المزارعة يكون لازما
من الجانبين بعد القاء البذر على ما ذكرنا لانه عليه المضي في العقد لا يضره وهو استهلاك
البذر حال بضار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره اي لهدم داره ثم امتنع المستاجر من المضي على ما
عقد عليه فانه لا يجبر على المضي في موجب العقد لانه لا يمكنه الا باتلاف ماله فيتضرر سواء
الزمه بالعقد اقامة العمل وهو قادر على العمل كما التزمه في العقد وموجب العقد اللازم
وجوب تسليم المعقود فاما في الفصل الاول وهو ما اذا امتنع صاحب البذر عن العمل يعني
التزام العقد الا بضرر في نفسه وله الفسخ لان البذر ليس بمعقود عليه وفي القائه في
الارض اتلافه اتلافا كذا في المبسوط ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد بذر
المزارع الارض اي يجوز له الامتناع كما ذكرنا ان صاحب البذر لو امتنع عن المضي على موجب
العقد قبل القاء البذر لم يجبر على المضي على موجب العقد لانه يتضرر بالمضي على العقد من حيث
اتلاف البذر بالقائه في ارضه ولا يعلم انه يحصل الخارج ام لا فحينئذ لا شي للمزارع في عمل
الكراب على صاحب البذر كما ان ما اتى به مجرد المنفعة والمنفعة لا تتقوم الا بالتسمية
في العقد والمقابلة للمنفعة بما جرى من الخارج فاذا لم يحصل الخارج بان لم يزرع اصلا
لا يستوجب شيئا احد ولان المزارع لان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم
العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره قال مشايخنا رحمهم الله هذا
الجواب في الحكم فاما فيما بينه وبين ربه يفتى بان يعطي العامل اجر مثل عمله لانه انما استعمله فيه
العمل ليزرع ويحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض بعدما اقام هذه الاعمال
من كراب الارض وحفر الانهار كان مغارا للعمل ملحقا للضرر به والغرور والضرر
مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه كذا في باب العذر في المزارعة من مزارعة المبسوط
واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة هذا الذي ذكره جواب القياس واما
في جواب الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يدرك الزرع هكذا ذكر في المبسوط
والذخيرة ولفظ ما ذكر في الذخيرة اذا دفع الرجل الى رجل ارضا مزارعة والبذر
من قبل المزارع فمات رب الارض بعدما نبت الزرع قبل ان يستحصد فالقياس ان ينتقض
المزارعة ولورثة رب الارض ان ياخذوا ارضهم وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان
يستحصد الزرع ثم قال ومعنى قوله يبقى العقد يبقى عقد المزارعة ولا يصير اجارة
ابتداء حتى لا يجب الاجر على المزارع وانما يبقى عقد المزارعة نظرا للمزارع لانه لو لم
يبق فورثة رب الارض يقلعون الزرع فيتضرر به المزارع بابطال حقه في الزرع وهو
غير مفيد في هذه المزارعة وقد مر الوجه في الاجارات فهو قوله لانه لو نقض العقد
يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد ومستحق بالعقد لانه ينتقل الى الوارث

الى الوارث ولذلك لا يجوز الاستحسان بدون ... وهو قوله لان المنافع
انما تتقوم في العقد الى اخره الفادح المثقل من فدحه الامر ثقل عليه بقوله لحق صاحب
الارض دين كفادح وكان ضعفه بعد صفة فاحتاج الى بيعه جاز فسخ المزارعة
بسبب الدين الفادح يعني ان الدين الفادح يصلح عذرا في فسخ المزارعة وفي المبسوط
فان يحبس في الدين فلا وفاء عنده الا من ثمن الارض يكون هذا عذرا لصاحب
الارض في فسخ المزارعة ببيع الارض في الدين لان في المضي على هذا العقد يلحقه ضرر
في نفسه واذا كان الضرر الذي يلحقه فيما له يدفع صفة اللزوم بالعذر الذي يلحقه
في نفسه بهذا الحبس في الدين اولى الا ترى ان البيع قد يمنع صحته في الابتداء يدفع الضرر
فان من باع جذعا في سقفه لا يجبر على تسليمه لا يجوز البيع ولذلك اجرنا
يلحقه الضرر في تسليمه لا يلزمه الاجارة فلذلك هاهنا تنعدم صفة اللزوم بعذر
الدين يدفع الضرر ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الرضا ذكر في الذخيرة
في اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا على رواية الزيادات
في الا معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة في الاجارات والجامع الصغير لا يحتاج
فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخ المتأخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا
برواية الاصل والجامع الصغير ... قال وان طلب من القاضي النقض قبل البيع فالقاضي
لا يجيبه الى ذلك ولكن يبيع بنفسه ويثبت الدين عند القاضي ثم يمضي القاضي البيع
وينقض العقد حكما وليس للعامل ان يطالب بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان
المنافع انما تتقوم بالعقد الى اخره وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر
من قبل العامل اما اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فلم يكن العقد
واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد ولا يتقوم على
رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل
وكان العقد واردا على المنافع الاجير يتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع
على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالا الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه
الله ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ذكر في الكتاب
الصورتين منها وهما ما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر الانهار واما اذا فسخ بعد
نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد نبات الزرع بعدما زرع
الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ ابو بكر العياضي رحمه
الله يقول ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان البذر استهلك
وكذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض
يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم وكان هذا عذرا له كما قبل البذر وكان
الشيخ ابو اسحق الحافظ رحمه الله يقول ليس له ذلك لان البذر نما وليس باستهلاك
الا ترى ان الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان مال الصبي واذا
كان كذلك كان للزارع من الاجر عين مال قائم واذا انقضت مدة المزارعة قيد بالانقضاء
احترازا عن مسألة الموت في المدة على ما يأتي فان الحكم فيها بخلاف ما نحن فيه
كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض حتى لو كان المزارعة بينهما بالنصف كان
على العامل اجر مثل نصف الارض وكان العمل عليهما حتى يستحصد الزرع وكذا تكون
المنفعة وهي مؤنة الحفظ والسقي وكذا الانهار عليهما وقوله معناه اي معنى
قوله والمنفعة على الزرع عليهما لان في تنمية الزرع تعديل النظر من الجانبين يعني لو لم
نقل للعامل بقلع الزرع ... نظرا اليه حتى انه لو اختار قلع الزرع كان له ذلك لانه
ترك النظر لنفسه على ما يجيء لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة فيكون العمل عليهما فاما
العمل قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة

في الزرع وهما شريكان في الزرع فالعمل والمؤنة عليهما كنفقة العبد المشترك بينهما اذا كان
عاجزا عن الكسب وعلى العامل اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت لم يبق
للعامل حق في منفعة الارض وقد استوفى منفعة الارض بالتربية لنصيبه من الزرع
فيها الى وقت الادراك فلا يسلم له ذلك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع
مسالة على خلاف المسالة الاولى في وقت الانفساخ بان ينقطع عقد المزارعة قبل وقته
وهو في الموت لان انفساخ العقد قبل مدة المزارعة لا يكون الا في صورة الموت ثم مسالة
الموت مخالفة لمسالة انقضاء المدة في الاحكام الثلاثة وهو وجوب اجر الارض له والاشتراك
في النفقة والاشتراك في العمل حيث لم يجب اجر مثل نصيبه من الارض على العامل لان
العقد في صورة الموت بقي بينهما بعد المدة منفعة الارض كانت مستحقة له في المدة فاذا
لم يبطل بسبب النقض بقي العقد كما كان فلا يلزمه اجر الارض كذا في المبسوط وقد ذكرنا
عدم وجوب الاجر في صورة الموت من رواية الذخيرة ايضا وكذلك النفقة والعمل على
العامل خاصة في صورة الموت لا على وجه الاشتراك لما ذكرنا في الكتاب فان انفق احدهما
اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع في النفقة فانه انفق على ملك الغير
بغير امره ولغيره من يلي عليه **فان قيل** هو مضطر في هذا الانفاق لانه يحيي حق نفسه
فلا يوصف بالتبرع **قلنا** هو غير مضطر في ذلك لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي ولانه
غير مجبر على الانفاق فكان متطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا استهدمت فانفق احدهما
شيئا في مرمتها بغير امر صاحبه كان متطوعا في ذلك كذا في المبسوط والذخيرة ولو اراد
رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا اي بعد انقضاء المدة لم يكن له ذلك لما فيه من
الاضرار بالمزارع **فان قلت** كان في هذا اضرار بالمزارع وفي قلع المزارع الزرع بقلا
اضرار برب الارض ايضا حيث يفوت به نصيبه من الخارج ومع ذلك جاز له ولغيره
حيث ذكر في المبسوط ان اراد العامل ان يأخذه بقلا فله ذلك **قلت** انما اختلف حكم
قلعيهما لاختلاف المعنى وهو ان المزارع لو لم يقلع الزرع يسلم لرب الارض اجر مثل
نصف الارض ... ومع ذلك كانت المطالبة بالقلع متعنتا قاصدا الى الاضرار بالمزارع
فيرد عليه قصده واما المزارع وهو ان الزرع انما كان يترك لدفع الضرر عنه وقد
رضي بالتزام الضرر ولانه نظر في نفسه في هذا من وجه فانه يمنع من التزام اجر مثل
نصف الارض مخافة ان لا يفي نصيبه منه بذلك الاجر فله ذلك والى هذا اشار في
المبسوط لم يجبر واي على العمل لما بينا وهو قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظرا له الى
اخره والمالك على خيارات الثلاثة لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة يرجع
بكلها اذ العمل على العامل يستحق لبقاء العقد على ما بينا وهو قوله لان المزارع لما امتنع
الى اخره الحصاد بفتح الحاء وبكسرها لغتان وقرئ بهما في قوله تعالى وآتوا حقه يوم
حصاده واما الرفاع فقد ذكر في المغرب هو ان يرفع الزرع الى البيدر والكسر لغة
والدياسة في الطعام ان يوطأ بقوائم الدواب او يكرر عليه المحوس يعني الجرجر حتى
يصير تبنا والدياس صقل السيف واستعمال الفقهاء اياه في موضع الدياسة جائز قال
الازهري دياس الكدس ودراسه واحد فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت
وكذلك لو شرطاه على رب الارض فما ليس من اعمال المزارعة تفسد به المزارعة لانه
شرط فيها ما لا يقتضيه المزارعة وفيه منفعة لاحدهما ومثل هذا الشرط يوجب فساد
المزارعة لان المزارعة تنعقد اجارة والاجارة تفسد بمثل هذا الشرط وكذا المزارعة واذا
شرط فيها ما كان من اعمال المزارعة لا تفسد المزارعة لانه شرط يقتضيه المزارعة وشرط
ما يقتضيه العقد يوجب تأكيد العقد لا فساده والفاصل بين عمل المزارعة وبين غير
عمل المزارعة ان كل عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من عمل المزارعة وكل عمل لا ينبت ولا ينمي
في الخارج فهو ليس من اعمال المزارعة واذا شرط على المزارع او على رب الارض الحصاد

والمياس والمدينة ودفعه الى البذر فسدت المزارعة هكذا ذكر في ظاهر الرواية
وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف رحمه الله ان المزارعة مع شرط الحصاد والرفاع
والدياسة على المزارع وقال الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله عن محمد بن سلمة وعن غيره
من مشايخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط ويردونه على هذا ويقولون
يجوز بشرط السقية والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعامل
بها بين الناس كذا في الذخيرة وما كان بعد الادراك كالجداد وهو بالدال المهملة القطع
من جد النخل عرفه اي قطع ثمره جدادا او ما كان بعد القسمة من الحمل كالحمل الى البيت
والطحن يكون على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لان القسمة عين ملك احدهما عن
ملك الاخر فيكون التدبير في ملك كل واحد منهما اليه كذا في المبسوط لانه لاشتراك
بينهما مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة ان يتقدم على كتاب المزارعة لكثرة قائليها بالجواز وورود الآثار
في معاملة النبي عليه الصلاة والسلام لاهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد
المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لعموم بلواها
ووقوعها فيما بين اهل البلاد الثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى مسائل
المساقاة ثم معنى المساقاة لغة وشرعا ما هو المذكور في الصحاح وغيره ان المساقاة
ان يستعمل رجلا في نخيل وكروم او غيرهما ليقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم
مما يغله وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة وذكر
في فتاوى قاضي خان رحمه الله وشرائطها اربعة منها نصيب العامل فان بينا نصيب
العامل وسكتنا عن نصيب الدافع جاز استحسانا كما قلنا في المزارعة ومنها الشركة
في الخارج كما في المزارعة ومنها التخلية بين الاشجار والعامل ومنها بيان الوقت
فان سكتا عن الوقت جاز استحسانا ويقع العقد على اول ثمرة تكون في تلك السنة
فان لم يخرج في تلك السنة ثمر تنتقض المعاملة وفي المبسوط ان المزارعة والمعاملة
فاسدتان في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وابن
ابي ليلى جائزتان وفي قول الشافعي رحمه الله المعاملة في النخيل والكروم والاشجار
صحيحة فيسمون ذلك مساقاة والمزارعة لا تصح الا تبعا للمعاملة بان يدفع اليه
الكروم معاملة وفيه ارض بيضاء فيأمره ان يزرع الارض بالنصف ايضا وقوله
قال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة الى قوله والمنقول في وقف الغفار من دلائل
الشافعي رحمه الله ويقع على اول ما يخرج اي في هذه السنة لان الزرع من الحب ما كان
النقل فادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار ومعناه دفع اصول
الرطبة لادراك البذر بمنزلة دفع الاشجار لادراك الثمار يعني جائز اذا كان البذر
مما يرغب فيه وجه لانه يصير في معنى الشجر كذا في المبسوط ولو دفع اليه رطبة
قد انتهى جدادها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على ما رزق الله من ذلك
من بزر فهو بينهما نصفين ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا لان لادراك البزر
اوانا معلوما عند المزارعين والبزر انما يحصل بعمل العامل باشتراط المناصفة
فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها **قوله** رحمه الله بخلاف الزرع اي اشتراط
للمزارعة بيان المدة اي بيان مدة الابتداء والانتهاء ولا يشترط في المعاملة بيان المدة
فيما اذا كان لها نهاية معلومة فيما بيننا وبيان في الفساد على ما ذكر في الكتاب
بعد الذي ذكرنا من عدم اشتراط بيان المدة في المعاملة هو جواب الاستحسان واما
جواب القياس فيشترط فيها ايضا على ما ذكر من الكتاب وفي الذخيرة وعن محمد رحمه الله

بين

بين المعاملة والمزارعة فان دفع ارضه العشر مزارعة ولم يسم سنين معلومة
لا يجوز المزارعة ولا تقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة وفي المعاملة لو
دفع نخلا او كرما له معاملة بالنصف ولم يسم سنين معلومة يجوز في الاستحسان ويقع
المعاملة على سنة واحدة يعني على ثمرة واحدة تخرج من تلك السنة والفرق ان المدة في
باب المعاملة معلومة عرفا لان ابتداء العمل لا يتقدم ولا يتاخر في النخيل والكروم
في الاماكن كلها وان يتقدم او يتاخر كان يسيرا لا يعتبر به بين الناس واذا كان ابتداء العمل
معلوما لا يتقدم انتهاء العمل لا يتاخر ايضا فكانت المدة معلومة عرفا اما في باب المزارعة
المدة غير معلومة عرفا لان ابتداء العمل فيها مما يتقدم ويتاخر عرفا كان الانتهاء كذلك
فكانت المدة مجهولة فلا يجوز ولم يبلغ الثمر اي ولم يبلغ الغرس الاثمار ومعاملة
حتى لا يجوز الا ببيان المدة بان يذكر سنين معلومة فانه لا يدري في كم يحمل الشجر والنخل
والكروم والشجر والاشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت موضعها من الارض بالقوة والضعف
وان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم
يبينا ذلك لا يجوز وبخلاف ما اذا دفع نخلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها اي حتى
يذهب اصولها وينقطع نباتها اي حيث لا يجوز بخلاف ما اذا دفع النخيل واصول
الرطبة على ان يقوم عليها عامل مطلقا فيجوز اذا كانت الرطبة جزة معلومة فيقع
المعاملة على النخيل على اول ثمرة تخرج وفي الرطبة على اول جزة تخرج واما اذا لم
يكن للرطبة جزة معلومة فلا يجوز سواء قيد بذهاب اصول او اطلق ولم يذكر سنينا
وان في كل واحد منهما جهالة المدة في الرطبة بخلاف النخل فانه لو دفع نخلا
معاملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق عن ذلك فهو جائز ويقع
المعاملة على اول ثمرة تخرج من تلك السنة الى هذا اشار ابو اليسر رحمه الله وذكر
في المبسوط في باب المعاملة ولو دفع اليه اصول رطبة على ان يقوم عليها ويسقيها
حتى يذهب اصولها وينقطع على ان الخارج بينهما نصفان فهذا فاسد وكذلك النخيل
والشجر لانه ليس لذلك نهاية معلومة في العادة وجهالة المدة في المعاملة تفسد
المعاملة وفي الايضاح والذخيرة ولو دفع الى رجل اصول رطبة نابتة في الارض معاملة
ولم يسم سنة ولا اكثر من ذلك وهذا على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم
فالمعاملة فاسدة وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد معلوم فيقع على الجزة الاولى
وهذا لان الرطبة مما تزداد طولا بطول المدة متى لم يكن وقت الجزاز معلوما كانت
المدة مجهولة بخلاف الثمار لان لادراكها وقتا معلوما اذا بلغ ذلك الوقت لا يزداد
بعد ذلك وان طال الزمان فاما الرطبة بخلافها ويشترط قسمة الجزة شايعا
كما بينا في قوله ولا يصح المزارعة الى ان قال الا ان يكون الخارج بينهما شايعا حقيقيا
بمعنى الشركة الى اخره ولا يخرج الثمر فيها اي في تلك المدة احب الوقت ساويل
المدة كما بينت المصوب شاويل الصحة في قول ما ذهب الصوب والارض مر في النصوص
ان يكون معلولة الاسما اذا علل اصله اي خصوصا على اصل الشافعي رحمه الله تعالى
لانه يرى تعليل الاصول ما رواه اصحابنا رحمهم الله وذلك لوجهين احدهما ان
المذهب عندنا ان النصوص كلها معلولة بكل وصف الا انه لا بد من قيام دليل
التمييز بين وصف ووصف على ان هذا الوصف هو مناط الحكم دون ساير الاوصاف
وعنده ايضا هو كذلك لكن بزيادة شرط اخر فيها سوى هذا الشرط فان عندنا
لا بد من قيام دليل التمييز كما قال الشافعي رحمه الله ولا بد ايضا قبل ذلك من قيام
الدليل على ان هذا النص بعينه معلول بعلة ما على ان الاصل في النصوص التعليل
ولا بد من قيام دليل التمييز وبموصفة الخامرية وعندنا غير معلولة لا بعدنا ان الدليل على
ان نص الخمر معلول قد قام للنص على انه غير معلول بقوله عليه الصلوة والسلام حرمت

الخراج بعينها والثاني انه يجوز تعليل المنصوص سوى علة ثمنا العلة المنتزعة والثامن
مظهر اثر هذا الخلاف في الذهب والفضة في حديث الربا انه هل يصح التعليل بالثمنية
ام لا فعنده يصح وان كانت قاصرة وعندنا لا يصح وكان وجه القياس عند الآخرين
فكان هو اولى بان يقال بناء على اصله لهذين الاصلين بخلاف المزارعة بالاضافة الى
صاحب البذر وانما قيد بقوله بالاضافة الى صاحب البذر لانه لو امتنع الذي ليس من
قبله البذر اجبره الحاكم على العمل على ما وافق معناه اراد به ما ذكر في المزارعة بقوله واذا
عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد
الا بضرر يلزمه وحاصل الفرق بين المزارعة والمعاملة في هذه المسئلة راجع الى
وجود الضرر وعدمه في المزارعة قبل القاء البذر لما تعذر المضي على موجب العقد
الا بضرر وهو استهلاك البذر في الحال جاز لصاحب البذر ان يمتنع عن المضي على موجب
العقد وان كان لغير عذر وبعد القاء البذر يكون البذر عذرا بخلاف المعاملة فان
مثل هذا الضرر لا يوجد هنا لكل من الجانبين فلذلك وقعت الملازمة من حيث وقعت
لازمة من الجانبين فان صاحب النخل هنا بمنزلة صاحب البذر هناك لان النخل اصل
لما يخرج عليه من الثمر كالبذر اصل لما يتفرع عليه من الخارج ثم صاحب هاهنا لا يحتاج
في المضي على موجب العقد الى اتلاف شيء من ماله لان النخل يبقى كما كان فيلزم العقد
من الجانبين بخلاف صاحب البذر فانه لو مضى على موجب العقد يحتاج الى ان يلقي بذره
في الارض وفيه اتلاف ملكه فله ان لا يرضى الى هذا اشار في المبسوط ثم عذر صاحب
الكرم ان يلحقه دين فادح لا يمكنه الا بثمن ان يبيع الكرم وعذر العامل هو ان يمرض
ولا يقال ينبغي ان يؤمر في مرضه بان يستاجر عاملا ليتم العمل لانا نقول ان في ذلك
الحاق ضرر به لم يلزمه بعقد المعاملة واذا كان في ابقاء العقد عليه ضرر فوق
ما التزمه يصير ذلك عذرا له وتفسخ المعاملة كذا في المبسوط فان رب الارض
والخارج بسر وللعامل ان يقيم عليه هذا جواب الاستحسان واما جواب القياس
فقد انفسخت المعاملة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل
نصفين كما اذا كان العقد على المناصفة وذلك لان صاحب الارض استأجر العامل
ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين فان لم نر انتقاض العقد
بموت احدهما بمنزلة اتفاقهما على نقضه في حياتهما ولو نقضاه والخارج بينهما نصفين
فكذا هنا لكنه استحسن فقال للعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم حتى يدرك الثمر
وان كره ذلك الورثة لان في انتقاض العقد بموت رب الارض اضرارا بالعامل
وابطال لما كان مستحقا له بالعقد وهو ترك الثمار في الاشجار الى وقت الادراك
ولو التزم العامل الضرر بان يقول انا اخذ نصف البسر فله ذلك لان ابقاء
العقد لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد بموت رب
الارض الا انه لا يملك الحاق الضرر بورثة رب الارض فيثبت الخيار للورثة
بين الاشياء الثلاثة على ما ذكر في الكتاب وقد قلنا نظيره في المزارعة وهو قوله
وان اراد المزارع ان ياخذ بقلا فيقال لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما
او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه لان فيه النظر
من الجانبين اي من جانب الارض وجانب ورثة العامل لان فيه تحصيل مقصودهم
ودفع ضررهم وترك نصيب موروثهم من الثمر في النخل الى وقت الادراك كما كان
مستحقا وقوله هذا خلافه فيحق ما الى قوله الا ان يكون وارثه بالخيار هذا جواب
الاشكال تقديره وهو ان يقال خيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة
العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد كان له في حياته هذا الخيار بعد موت
رب الارض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس هذا من باب توريث الخيار بل هو من

باب

باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالي مستحق عليه وهو تركه ثمارا على النخل الى وقت
الادراك لان الشجر لا يجوز استئجاره اي استئجار الارض فانه لو استأجر الارض مدة معلومة
يجب المسمى ولو استأجرها الى وقت ادراك الزرع يجب اجر المثل وذكر في المبسوط ولو
اشترى زرعا في ارض ثم استأجر الارض الى مدة معلومة جاز ولو استأجرها الى
وقت الادراك وجب اجر المثل ولو اشترى ثمارا على رؤس الاشجار ثم استأجر الاشجار
الى وقت الادراك لا يجب عليه اجر واذا ظهر هذا الفرق انبنى عليه الفرق الآخر
وهو ان هناك العمل عليهما بحسب ملكيهما للزرع لان رب الارض لما استوجب الاجر على
العامل استوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وهاهنا العمل على العامل في الكل
لانه لا يستوجب رب النخل عليه اجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل
انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة كما في
المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لما بينا في الاجارات وهو قوله ولنا
ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض
الى آخره وقد بينا وجود العذر فيها كظهور الدين وعن السفر كمن استأجر الدابة للسفر
ومرض المستاجر او استأجر الحانوت ليتجر فافلس السعف وهو جريد النخل الذي
منه سقف الدخل والدواخ لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهذا الارض
والعذر رد الغراس لاتصالها بالارض يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يمكن تسليمها
لشجر الغراس بل يكون تسليما لقطعة خشبة وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر لقوله
على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين ولما لم يمكن تسليمها
وهي ثابتة وجب قيمتها وفي المبسوط واما الغراس بعين مال قائمة كانت للعامل
تعذر ردها عليه الى الاتصال بالارض فيلزمه قيمتها مع اجر مثل عمله فيما
عمل بمنزلة ما لو دفع الى الخياط ظهارة ليبطنها ويحشوها ويخيطها جبة بنصف الجبة
كان العقد فاسدا وكانت قيمة البطانة والحشو واجر مثل عمله فيما عمل له لذلك او اشترط
له من الارض شيئا لدينه قال على مائة درهم او شرط عليه كر حنطة فالعقد فاسد
وفي تخريجها اي وفي تخريج جواب هذه المسئلة وهو قوله ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل
لا يجد لذلك طريق آخر اي تخريج آخر في جواب هذه المسئلة لان هذا العقد لا يجوز سوى
ما ذكرناه من الطريق طريق قفيز الطحان لو كان سلوكا الطريق الاستئجار ببعض
ما يخرج من عمله وهو ان يكون نصف البستان للعامل فكان بمنزلة طحن الطحان
للحنطة بقفيز الدقيق الذي يحصل من طحن تلك الحنطة وهو فاسد وهذا الطريق
هو الاصح واما الطريق الآخر الذي احال على كفاية المنتهى في تخريج جواب هذه المسئلة
لانه لا يجوز طريق شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بمقابلة نصف الارض
ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد هناك لهذه العلة بنصفها او جميعها
للاعتبار لا الاعتبار معنى الاستئجار الذي هو معنى قفيز الطحان وذكر الامام المحقق
شمس الائمة السرخسي رحمه الله بان هذا في باب الاجارة الفاسدة من اجارات المبسوط
فقال ومن اجر ارضه الى رجل ليغرس فيها نخلا على ان يكون الارض والنخل بين رب
الارض والغارس نصفين لا يجوز ذلك لانه لا يكون مشتريا نصف الغرس منه بنصف
الارض والغراس مجهولة ولا يجوز ذلك هكذا ذكر بعض مشايخنا رحمهم الله واما
الحاكم في المختصر فيقول تاويل المسئلة عندي انه جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغرس
ونصف الخارج عوضا لعمله فعلى هذا الطريق يقول اشترى العامل نصف الارض
بجميع الغراس وهي مجهولة فكان العقد فاسدا فان فعل وغرس الشجر لرب الارض لان
العقد في الشجر كان فاسدا وقد زرعه في ارضه بامره فكان صاحب الارض جعل ذلك
بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه مستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمة الشجر

وأجر ما عمل لأنه ابتغى من عمله عوضًا وهو نصف الخارج ولم يسلم له ذلك فكان عليه أجر
مثله ثم قال بعد تخطيط قال رضي الله عنه والأصح عندي أن يقال في تعليل هذه
المسألة أن صاحب الأرض استأجره ليجعل أرضه بستانًا بآلات نفسه على أن يكون
أجره بعض ما يحصل بعمله وهو نصف البستان فهو كما لو استأجر صباغًا ليصبغ ثوبه
بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وذلك فاسد لأنه في معنى قفيز
الطحان الذي نهى رسول الله عليه الصلوة والسلام عنه وهذا لأن الغراس آلة يجعل بها
الأرض بستانًا كالصبغ للثوب فإذا فسد العقد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب
الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه
إلا أن الغراس أعيان تتقوم بنفسها ولا يدخل أجر العامل في قيمتها فيلزمه مع قيمة الأشجار
أجر مثل عمله لأنه ابتغى من عمله عوضًا ولم يسلم له فيستوجب أجر المثل ثم ذكر هذه
المسألة في مزارعة المبسوط فقال بعد أن ذكر صورة المسألة فجميع الثمر والغراس
لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ثم قال وقد بينا في المسألة
طريقين لمشايخنا رحمهم الله في كتاب الإجارات أحدهما أنه اشترى منه نصف
الغرس بنصف الأرض والآخر أنه اشترى منه جميع الغرس بنصف الأرض والأصح أنه
استأجره ليجعل أرضه بستانًا بآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذي
يظهر بعمله والآخر وذلك في معنى قفيز الطحان فيكون فاسدًا **قلت** فعلى
هذا قوله في الكتاب وفي تخريجها طريق آخر مقول فإن فيه طريقين لكن معنى الشراء شملهما
فكانا من حيث الشراء طريقًا واحدًا والذي اختار من حيث الإجارة وهو طريق آخر
وهذا أصحها أي والذي ذكرناه في الكتاب أصح الطريقين وهو طريق الإجارة
فوجه الأصح هو ما ذكرناه من إجارات المبسوط بقوله وهذا لأن الغراس آلة إلى آخره والله أعلم

٥ كتاب الذبائح ٥

أورد الذبائح بعد المزارعة لمناسبة خاصة بينهما وهو أن الذبح يحصل المقصود وهو الانتفاع
بالخارج المآل مع إتلاف الموجود في الحال وهو إزهاق روح الحيوان كالزراعة و[illegible]
في حصول المقصود وهو الانتفاع بالخارج في المآل مع إتلاف الموجود في الحال وهو بذر
حنطة موجودة لمنافع هي في الحال مفقودة ثم المحاسن في الذبائح بيانه لو لم تكن فيه
إلا دفع قول الثنوية من المأمونية والديصانية والموسومة بالظلال وأهل البطول
لوجب على الموحد أن يعتنيها بالقبول فإنهم لا يرون إباحة الذبح في الحيوان ويقولون
لما فيه من إذهاب الروح الذي هو من أجزاء النور قلنا إن الحيات والعقارب وجميع
ذوات السموم جميع فسادها وشرها في العالم من قبل أرواحها دون أجسادها
إذ هي بعد زوال أرواحها عنها يندفع ضررها وتنقطع مادة شرها وضررها فعلم بهذا
أن هذه الدعوى مطلقًا غير صحيحة ثم يقال لهم إن الجنس الذي جعل غذاء للبشر
من جملة الحيوانات هو الغنم ومن المعلوم أن هذا الجنس لو خلا عن قيام الآدمي بدفاع
أسباب الهلاك عنه واتصال ما فيه منفعته لتلف الكل لتسلط الذئاب وأنواع
السباع عليه وليس معه آلة الدفاع والنجاة من النزاع والجناح فمعرفته السباع
أسرع منه وكذا من طبع هذا الجنس وهو الغنم أن راعيها لو بعد عنها في المفاوز بقيت
رافعة رأسها إلى السماء متخوفة من كل صوت نافرة عن كل ركن لا تغتذي ولا علفًا طاردة
ما إلى أن تتلف جوعًا وعطشًا فإذا كان الأمر كذلك فلو لم يبح للآدمي الانتفاع
بها وتناول لحمها لما قام بالدفع عنها والحفظ لها فيتلف الكل وينقطع الجنس فكان في
إباحة التناول إبقاء الجنس وفي الحظر هلاكه فلو لم يبح إتلاف البعض لهذا من يقوم عليها
لما يصير ذلك طريقًا إلى إفناء الكل فحينئذ كان ما قالوه عائدًا على موضعه بالنقض

ثم

به تحقق منة الله تعالى بخلق ما في العالم لمنفعة المخاطبين ومن ما أعد الله لمصالح
المكلفين حيث قال هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعًا من صح إتلاف الحيوان وذلك
قول مردود فإن العقلاء لما اتفقوا على حسن إيلام حجامة المريض وحسن سقي الأدوية
الكريهة لو حاشية بعضهم على بعض بطريق غلبة الظن مع أن هذا إيلام وجرح لمنفعة
المكلفين المقصود من خلق العالم والشفاء غير متيقن به فلأن يحسن إيلام حيوان غير
مكلف وحصول الانتفاع وبقاء المهج بالتغذي بلحمه متيقن به أولى وأحرى وبيان ما يتعلق
بالذبائح من المحاسن نذكره في الأضحية إن شاء الله تعالى وقد ذكر شرط الذبح وكيفيته
في الكتاب **قوله** رحمه الله الذكاة شرط حل الذبيحة شرط حل ما يؤكل لحمه من الحيوان
وأصل تركيب الذكاة يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكاة
النار بالقصر لتمام اشتعالها وقد ذكرنا أن قول محمد بن الحنفية رحمه الله ذكاة الأرض
يبسها أي أنها إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت بالذكاة فطهرت الذبيحة
وطيبت كذا في الإيضاح والمغرب ثم علم هذا الشرط الذي هو الذكاة هو شرط حل أكل
ما حل تناوله من الحيوانات سوى السمك والجراد ثابت بالنص مما اختلفوا فيه أنه معقول
المعنى أم لا ذكر في المبسوط وذكر بعض العارفين من مشايخنا رحمهم الله أن الذكية محظورة
بالعقل لما فيها من إيلام الحيوان وهذا عندي باطل وقد كان رسول الله عليه الصلوة
والسلام يتناول اللحم فعل ممنعه ولا يظن به أنه كان يتناول ذبائح المشركين لأنهم
كانوا يذبحون باسم الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان
محظورًا عقلًا كالظلم والكذب والسفه فإنه لا يجوز أن يظن به أنه يفعل ذلك قط
ثم في الذبح والاصطياد تحصيل منفعة الغذاء الذي هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمي
فيكون ذلك مباحًا وإليه أشار تعالى في قوله هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعًا
والإيلام لهذا المقصود فلا يكون محظورًا عقلًا كالفصد والحجامة وشرب الأدوية الكريهة
وقطعها **قوله** رحمه الله ثم هاهنا ينبئ عنها أي أن الذكاة تنبئ عن الطهارة
التنبه المنحرم من الصدر أو دعوى الكتابيين أي يدعي أنه صاحب ملة التوحيد ثم
إنه إنما يحل ذبيحة الكتابي فيما إذا لم يكن يذكر وقت الذبح عزيرًا أو اسم المسيح وأما
إذا كان ذكر ذلك فلا يحل كما لا يحل ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى لقوله
تعالى وما أهل به لغير الله تعالى فحال الكتابي في ذلك لا يكون أعلا من حال المسلم إلى
هذا أشار في المبسوط في ذبيحة المسلم والكتابي بسواء إلا ما يتلونا وهو قوله تعالى إلا ما
وهو عام يتناول المسلم والكتابي والأولى التمسك في حل ذبيحة الكتابي ما تمسك
به في المبسوط بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به الذبائح إذ لو حمل
على ما سواها من الأطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر معنى وإنما قلنا ذلك
إذ إلا أن عموم قوله تعالى إلا ما ذكيتم كما يتناول المسلم والكتابي فكذا يتناول الوثني والمرتد
والمجوسي ولا يحل ذبيحتهم بالاتفاق ويحل إذا كان يعقل التسمية وقيل معناه إذا يعلم أن
حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة والذبيحة أي يقدر على الذبح ويعلم شرائط
الذبح من فري الأوداج والحلقوم وصحة القصد مما ذكرنا أراد به قوله ويحل إذا كان
يعقل التسمية والذبيحة ويضبط **فإن قلت** يعمل هذا كيف يصح قوله أو مجنونًا
إذ لا قصد له لأن القصد إنما يكون بالعقل **قلت** جاز أن يريد بالمجنون المعتوه كما ذكر
في الحجر هكذا يقال ومن باع من هؤلاء إشارة إلى الثلاثة الذين منهم المجنون وهو يعقل
البيع ويقصده ثم قال ومن يعقل المجنون قد يعقل ويقصد إلى أن قال وهو المعتوه الذي
يصلح وكيلًا عن غيره وأما الأقلف والمجنون سواء فيحل ذبيحتهما وإنما ذكر الأقلف احترازًا
عن قول ابن عباس فإنه كان يقول شهادة الأقلف وذبيحته لا يجوز كما ذكرنا أراد به ما دل
من العمومات من قوله تعالى إلا ما ذكيتم وقوله وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم من غير فصل

ذكيتم

الكتابي الذمي بدون حرف العطف على طريق الصفة والموصوف والمرتد بالجر أي ولا تؤكل ذبيحة
المرتد لأنه إذا ارتد إلى غير دين أهل الكتاب فلا إشكال فيه لأنه كالكافر الأصلي مما يعتقده وإن ارتد
إلى دين أهل الكتاب فإنه غير مقر على ما انتقل إليه وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح
وحل الذبيحة ينبني على الملة كذا في المبسوط بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه أي ولا تؤكل ذبيحة
هذا إذا تحول إلى دين غير دين أهل الكتاب إلى دين يؤمن كما إذا تهود النصراني أو تنصر
اليهودي وكذا إذا تهود المجوسي أو تنصر تؤكل ذبيحته وصيده لأنه يقر على ما انتقل إليه لأنه
صار بحيث يدعي التوحيد فلا جرم أجيبنا على العود إلى دعوى الأسبق عنده وإذا كان مقرا
على ما انتقل إليه يعتبر بما كان عليه في الأصل إذ لو تحول يهودي أو نصراني ثم تحول صبي ولا دين له
غيره لهما لو كان مجوسيا في الأصل كذا في المبسوط وإن تركها ناسيا أكل وكذا في الذمي وإرسال
آلة الصيد وفي المبسوط ثم التسمية في الذبح تشترط عند القطع وفي الاصطياد عند الإرسال
والرمي لأن التكليف بحسب الوسع ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر
اسم الله عليه وإنه لفسق ومطلق النهي يقتضي التحريم وأكد بحرف من لأنه في موضع النهي للمبالغة
فيقتضي حرمة كل جزء منه على ما ذكرنا **فإن قيل** لو تمسك الشافعي رحمه الله
بحديث عائشة رضي الله عنها أن ناسا قالوا لرسول الله عليه الصلاة والسلام فقالوا
إن الأعراب يأتوننا باللحم فلا ندري أسموا عليه أو لم يسموا فقال سموا أنتم وكلوا ولو
كانت التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالأكل عند وقوع الشك فيها ولأن التسمية
لو كانت من شرائط الحل كانت مأمورا بها وفي المأمورات لا فرق بين المحظورات كالأكل
والشرب في الصوم لأن موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقادا وأما موجب
الأمر الائتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤتمرا ولأنه اصطلاح لا كل وكانت
التسمية فيه ندبا كالطبخ ثم فيما هو المقصود وهو الأكل التسمية ندب وليس بحتم فيما هو
طريق إليه أولى والدليل عليه أنه يحل ذبائح اليهود والنصارى فلو كانت التسمية شرطا
لما حل ذبائحهم لأنهم وإن ذكروا اسم الله تعالى فإنما يريدون غير الله وهو ما يعتقدونه
معبودا لأن النصارى يقولون المسيح ابن الله واليهود يقولون عزير ابن الله له ولد **قلنا**
أما حديث عائشة رضي الله عنها فهو دليلنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية
فذلك دليل على أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل فأجابها عما أمرها بالأكل
بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمدا لمن اشترى لحما في سوق المسلمين يباح له التناول
بناء على الظاهر وإن كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي وما ذكر من الفرق بين المأمور والمحظور
غير معتبر لأن الأكل في الصلاة محظور ثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع في الإحرام كذلك
ولكن يعتبر حاله فإن ذكره فيه المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم يقترن بحاله
ما يذكره يعذر بالنسيان كما في الصوم وهاهنا لم يقترن بحاله ما يذكره وقد يذبح الإنسان
الطير وقلبه مشغول بشغل آخر فيترك التسمية عامدا وعليه يحمل الحديث أنه ذابح على اسم
الله تعالى إذا كان ناسيا غير معرض بدليل أنه ذكر في بعض الروايات وإن تعمد لم يحل وهذا
لأن الملة إنما أقيمت مقام التسمية بالحديث والحديث ورد في ذبح من ترك التسمية ناسيا
فيقوم الملة مقامها في الناسي ولا نقيس العامد عليه لأنه لا يثبت حكم النص استدلالا به وأما
قلنا إنه ليس بشرط لأن المسلم يذبح على اسم الله تعالى لأنه شرط وقد اعتقده فإذا نسي
لم يخرج منه فيجعل معتبرا لحاله المعتبرة له حكما فأما إذا اعتمد الترك والإعراض والرد
فلم يمكن إبقاؤه هاهنا مع تحقق ما يردها منه حقيقة كالمضيف إذا قدم طعاما حل أكله بغير
إذن له لدلالة الحال ولو قيل له لا تأكل لا يحل له وبحثنا في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم
الله عليه وإنه لفسق ومطلق النهي يقتضي التحريم وأكد ذلك بحرف من في موضع النفي
للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه ألا ترى أن من حلف فقال والله لا آكل من هذا الطعام فإنه
حنث بأكل القليل ولو قال هذا الطعام فإنه لا يحنث حتى يأكل الجملة والحاء في قوله وإنه

لفسق

لفسق إن كان كناية عن الأكل فالفسق أكل الحرام وإن كان كناية عن المذبوح فالمذبوح
الذي يسمى فسقا في الشرع يكون حراما كما قال الله تعالى أو فسقا أهل لغير الله به ففي
الآية بيان الحرمة لعدم ذكر اسم الله تعالى لأن التحريم بوصف دليل على أن ذلك الوصف
هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة وهذا يبين أن حمل الآية على الميتة وذبائح المشركين
فإن الحرمة هناك ليس لعدم ذكر اسم الله تعالى لم يحل ليشهد على أن التسمية من شرائط الحل
وإن ذبيحة الكتابي وذبيحة المجوسي وليس بينهم فرق يعقل معناه بالرأي سوى أن من
يدعي التوحيد يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فيه تبين أن التسمية من شرائط الحل
وإنما أمرنا بناء الحكم في حق أهل الكتاب على ما يظهرون دون ما يبطنون ألا ترى أن تسمية
غير الله تعالى على سبيل التعظيم موجب للحرمة في قوله تعالى وما أهل به لغير الله ولسنا
أمرنا ما لم نحل ذبيحتهم ثم أمرنا بالتسمية عند الذبائح مخالفة المشركين لأنهم كانوا
يسمون آلهتهم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينا فالتسمية عند الذبح علينا واجبة
أيضا بخلاف الطبخ والخبز فإنهم ما كانوا يسمون عند ذلك فلا أمر بالتسمية عند ذلك
ثبت لذلك هذا كله من المبسوط والأسرار والبيع غير مجرى على ظاهره هذا جواب عن
قول مالك حيث يحتج بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ويقول
فصاحب النص فيجري على ظاهره واشتراط التسمية إذا لم يرد به الحرمة للحاجة وظهور
الانقياد دار بين الخلاف في الصدر الأول يعني أن ابن عمر احتج بهذا النص على وابن
عباس رضي الله عنهم وهما ما ذهبا إلى قوله فيه لأن ظاهر هذا النص علم بهذا أن هذا
النص يجري على ظاهره بارتفاع الخلاف بسبب ظاهره هذه الآية والدليل في ذلك عدم ظهور
الانقياد ولإقامة في حق الناسي إلى آخره جواب في قول الشافعي رحمه الله أي إقامة
الملة مقام التسمية في حق الناسي لا في حق العامد لما أن الناسي معذور والعامد لا
والفرق بين المعذور وغير المعذور أصل في الشرع في الذبح وغير الذبح ألا ترى أن اعتبار
الذبح في الذبح يفصل بين المعذور وغيره وفي الصوم يفصل بين الناسي والعامد
وفي المبسوط وذبيحة الأخرس حلال مسلما كان أو كتابيا لأن عذره أبين من عذر الناسي
فإذا كان في حق الناسي تقام ملته مقام تسميته ففي حق الأخرس أولى أما التسمية في
ذكاة الاختيار شرط وفي التحفة ينبغي أن يريد بالتسمية التسمية على الذبح أما لو أراد التسمية
عند افتتاح العمل لا يحل لأن المعذور له في الأول أي في ذكاة الاختيار فيشترط عند فعل
يقدر عليه وهذا لأن التسمية تقترن بفعله وفي الاصطياد فعله
الإرسال والرمي فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز لأن التسمية كانت على الأولى وإصابة
غير حل لأن التسمية هنا على الآلة والذي لم يتبدل وذبح بها أخرى أي سيفا آخر أكل
لأن التسمية على الذبيحة لا على الآلة والذبيحة لم تتبدل وهي ثلاث مسائل على
الأول يكون الذبيحة من غير تحريم وفي الثانية يحرم وفي الثالثة حلال ونظيره إن
يقول بسم الله محمد رسول الله إن قال بالرفع يحل وإن قال بالخفض لا يحل هكذا ذكر
في النوادر قال بعضهم هذا إذا كان يعرف النحو وقال بعضهم على قياس ما روي عن
محمد رحمه الله أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم الذبح كذا في
الذخيرة أما أن ينصب محمدا أو يخفضه أو يرفعه وفي كلها يحل لأن اسم الرسول غير مذكور
على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وإذا ذكر مع الواو وإن خفضه
لا يحل لأنه يصير ذابحا بهما وإن رفعه يحل لأن كلامه مستأنف وإن نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا التقدير
لو ذكر اسما آخر مع اسم الله تعالى لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال
عند الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد وذكر في المبسوط ولا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى
غيره إذا أراد أن يدعو فيقول تقبل من فلان ينبغي أن يقدم ذلك على فعل الذبح أو يؤخره
عنه إنما مع الحروف لا يذكر اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث أن النبي عليه الصلاة والسلام

كان اذا اراد ان يذبح اضحيته قال اللهم هذا منك ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي
لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله والله اكبر وذبح
وهكذا عن علي كرم الله وجهه ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل فعلى هذا
يفرق ابو يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير فيقول المأمور به هاهنا الذكر قال
الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهناك المأمور به التكبير وبهذه الالفاظ
لا يكون مكبرا كما يكون ذاكرا واذا كان يحسن التكبير كان هذا في ذبائح المبسوط ولو عطس
عند الذبح فقال الحمد لله **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين الخطبة يوم الجمعة
على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فانه اذا عطس الخطيب فقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي
الجمعة بذلك العود روي احدى الروايتين ذكره في ذبائح المبسوط **قلت** ذكر جوابه
هناك ايضا فقال لان المأمور به هناك ذكر الله تعالى على الذبح ومعرفة حدود كلام
الشرع يختص بالفقه بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما وذكر في ذبائح
الذخيرة فقال المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر بدون الواو وقال ومع الواو يكره لانه يقطع فور التسمية
وفي المبسوط الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهكذا لفظ الحديث رواه ابن المسيب
والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على ان اعلى الحلق واوسطه
واسفله في ذلك سواء لان الكل في المعنى المطلوب بالذكاة سواء كذا في صيد المبسوط وقوله
في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله وانما اعاد
لفظ الجامع الصغير لان من رواية المبسوط تقتضي الحل فيما اذا وقع الذبح فوق الحلق قبل
العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين فيحل ورواية الجامع الصغير
تقتضي ان لا يحل لان على روايته محل الذبح الحلق فلما وقع الذبح قبل العقدة لم يكن الحلق
محل الذبح فلا يجوز فكانت رواية الجامع الصغير مفسرة لاطلاق رواية المبسوط فكان
المراد من اطلاق رواية المبسوط بان المذكور ما بين اللبة واللحيين وقد صرح في ذبائح
الذخيرة بان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل لانه في فتاوى اهل سمرقند قصاب
ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم اكلها لانه ذبح
في غير المذبح لان المذبح هو الحلقوم ولكن ما ذكر من رواية الامام الرستغفني رحمه الله
يخالف هذه الرواية حيث قال سئل عن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر
وكان يجب ان يبقى مما يلي الراس هل يؤكل ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا
بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع
اكثر الاوداج وقد وجد وكان شيخي رحمه الله يفتي بهذه الرواية وكان يقول والامام
الرستغفني هذا امام معتمد في القول بالحل فلو اخذنا يوم القيمة بسبب هذا العمل
بهذه الرواية نحن ناخذه ايضا كما اخذنا والله اعلم وهي اسم جمع واقله ثلاث
فان قلت هذا على خلاف رواية الاصول في المستصفى والانبياء فان الجمع المحلى بالالف
واللام حكمه حكم المفرد لا يبقى الحكم للمفرد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وفي
قول من قال لا يشتري العبيد وهكذا في الاثبات نحو قوله عليه الصلوة والسلام شهادة
النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فقال في المنتهى دات من الكتاب والجمع المحلى
باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهي شهادة امراة واحدة **قلت** نعم كذلك
الا انه قد يراد به الجمع على حقيقته ايضا كما في قول المراة لزوجها اخلعني على ما في يدي من
الدراهم ينصرف الى الثلاثة وكذلك في الاقرار والوصية بهذه الصيغة على ما ذكرنا
ثم لو كان الامر كذلك اعني انه يراد به الجمع ثم يراد به الاقل وهو الواحد من حمل
هاهنا عملا بالاحتياط في موضع الحرمة وفي موضع النفي باليمين وغيره والاحتياط في الحمل
بالاقل وكذلك في شهادة النساء في موضع الذي لا يستطيع الرجال النظر اليه والاحتياط
في قول الناظر يحمل على الاقل وكذلك واما هاهنا فالاحتياط في العمل بالجمع لان هذا الجمع

والمستحب ان يقول بسم الله والله اكبر
وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه الله

وهو

وهو الاوداج على طريق التغليب للحلقوم والمري والودجين لم يكن يتطير بنا بر الجموع
من العبيد والنساء لما ان ارادها ليس بمتحد وكان كل واحد منها مرادا عند دخول
الالف واللام ايضا بخلاف سائر الجموع والمشهور في كتب اصحابنا ان هذا قول ابي يوسف
رحمه الله ونحن نعني لا قول محمد رحمه الله سمعته كما ذكر المرغيناني رحمه الله ذكر في
المبسوط بعد تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمري والودجين فان قطع الاكثر من ذلك فكذلك
يقام الجميع في الحل لحصول المقصود بالاكثر في ذلك واختلفت الروايات في تفسير ذلك
يروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا قطع ثلاثا منها اي ثلاث كان فقد قطع
الاكثر وعن محمد رحمه الله تعالى ان قطع الاكثر من كل واحد منها فكذلك يقوم مقام الجميع
فاما دون ذلك شيء يبقى فلا يتم الذكاة وعن ابي يوسف رحمه الله قال ان قطع الحلقوم
والمري واحد الودجين حل فشرطه ثلاثة منها الحلقوم والمري لان الحلقوم مجرى العلف
والمجرى المري مجرى النفس والودجين مجرى الدم فبقطع احد الودجين يحصل ما هو
المقصود من تسييل الدم فاذا قطع مجرى العلف او مجرى النفس فلا بد منه ولا يقوم
غيره مقامه في ذلك والشافعي رحمه الله يقول اذا قطع الحلقوم والمري حل وان لم
يقطع الودجين لانه لا بقاء مع قطع الحلقوم والمري ولكن هذا فاسد لان المقصود تسييل
الدم النجس وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل وقوله واما الحلقوم يخالف المري
فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس قيل هذا عكس بل الحلقوم مجرى النفس
والمري مجرى العلف وهكذا في الايضاح وذكر في المغرب المري مجرى الطعام والشراب
وذكر في تاج الاسامي المري راه لدو ... ولما كان المري هكذا كان الحلقوم مجرى
النفس وهو النفس وقوله تعالى فلولا اذا بلغت الحلقوم يؤيد ما ذكر في الايضاح والحا ٥
يوحيه اي يعجله والموحية فعيلة من الوحي بالقصر وهي السرعة ومنه موت وحي وذكاة
وحية اي سريعة وحا الذبيحة اذا ذبحها وحيا ولا يقال اوحيا بخلاف ما اذا
قطع النصف اي نصف الاربعة وهي الاثنان من هذه العروق حيث لا يحل اكله وهو
متعلق بقوله فيكتفى به لان للاكثر باقي اي اكثر الرخص وهي الثلاث باق فان الاثنين
لما كانا باقيين كان اكثر الرخص باقيا فلا يجوز اكله او يقول لما كان الرجحان بجانب
التحريم كان النصف الباقي بحكم الاكثر كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله كل ما انهر الدم
وافرى الاوداج قال ابو عبيد صوابه كل ما افرى الاوداج غير مثرد والمعنى كل شيء افرى
الاوداج من عود او ليطة او حجر فهو ذكي غير مثرد والتثريد ان يذبح بشيء لا حد له فلا
ينهر الدم كذا وجدت بخط الامام البدر ... رحمه الله ولكن المسموع بالتخفيف بصيغة
الامر والدليل على هذا حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه قال ارايت يا رسول الله ان
احدنا اصاب صيدا وليس معنا سكين نذبحه بشق عصاه او بالمروة احل ذلك فقال انهر ما
شئت وكل كذا في المبسوط ومعنى قوله كل ما انهر الدم اي كل ما يحقق به حقيقة انهار
الدم وافرى الاوداج وذكر في المغرب في الافراء الفري ان الافراء قطع
الاوداج وشق كل ما يفري الذابح والسبع والفري قطع الاصلاح كما يفري الخراز
الاديم وقد جاء يعني افرى ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث بخلاف غير المشروع لانه
بل وحش ليس يذبح فوق الذبح الانقطاع تحت الالة وان الة الذبح غير الذابح وسنه
وظفره فهذا امرنا فيه بالاحسان وهو مما امر به النبي عليه الصلوة والسلام
فاذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة الحديث هذا كله من المبسوط لدخطة الغصب فشرع لما يثبت
ارادته بقوله لا يفعل بالفعل فيكون في معنى المنخنقة ويستحب ان يحد الذابح شفرته
في الايضاح واذا كانت الالة كليلة وهي تقطع فانه يكره فان النبي عليه الصلوة والسلام
امر بذلك وليحد الذابح شفرته حديث ... مثل ان يضجعها **فان قلت** اي ما ... موقانت
الا يكون عند احداد الشفرة اذا علم المقصود بالذبح ... لا تحد ... الذبح فالشاة

والتعرف فيما نحن فيه لا نعلم انه ذبحها لانه لا عقل لها فكيف يكون هذا امر ثابت
نعم لذلك الا انه ذكر في المبسوط في هذه المسئلة انا نعرف ما يراد بها كما في الخبر
امهت البهايم الا عن اربعة خالقها ورازقها وحتفها وفسادها فاذا كانت تعرف
ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج اليه النخاع خيط ابيض
في جوف عظم الرقبة ممتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق
فقد سمي انا ذلك النخاع بالباء يكون في القفا ومنه نخع الشاة اذا بلغ الذبح ذلك
الموضع فالنخع ابلغ من النخع والنخاع بالمناسبة تقريب وروي ان نخع الشاة النخع
نخاع ... في كونه سين ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة ولذلك لو ضربها
بسيف فابان راسها حلت ويكره وكذلك لو ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن
تكره ذلك لان السنة في الذبح استقبال القبلة كذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي عليه الصلوة والسلام استقبل في اضحيته القبلة لما اراد ذبحها كذا في
المبسوط على ما مر اي في اول الذبايح وهو قوله الشافعي كالبدل من الاول الى اخره وهذا
الذي ذكره مما اذا اعلم ان المتردية مات من عقر وجرحه وفي الجرح يتردي في بير
فوجا وجه يعلم انه لا يموت منها فمات لا يوكل وان كان مشكلا اكل وفي النوادر رجل
تعلق شجرة لا يصل اليها صاحبها فرماها قال ان كان يخاف فوتها يوكل وان كان
لا يخاف فوتها لا يوكل وفي النوادر ان شاة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح
الولد حل اكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على ذبحه حل ايضا وان
كان يقدر لا يحل في الوجهين وهما المتوحش والمتردي وفي الكتاب اي القدوري ه
والمستحب في الابل النحر وهو قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر والذبح قطع
العروق في اعلا العنق تحت اللحيين وذكر في المبسوط وان نحر البقرة حل ويكره ذلك
لما ان السنة في البقر الذبح قال الله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة بخلاف الابل
فالسنة فيها النحر وهذا لان موضعا في البقر لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه
عليه لحم غليظ وكان النحر في الابل اسهل واما في البقر فاسفل الحلق واعلاه في اللحم
عليه كما في الغنم فالذبح فيه ايسر والمقصود به تسييل الدم والعروق من اسفل الحلق
الى اعلاه فالمقصود يحصل بالقطع في اي موضع كان منه فلهذا حل وهو يعني في غيره
اي الكراهة لمعنى في غير الذبح وهو ترك السنة اشعر الجنين اي نبت شعره مثل اعشب
المكان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وفي الذخيرة الا المنقلبات
محمد رحمه الله في الجنين اذا لم يتم خلقه لا يوكل وان تم اكل اشعر او لم يشعر وفي النوازل
رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان قاربت الولادة يكره ذبحها لان فيه تضييعها لما في
بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما يتاتى على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وفيه ايضا
الجنين اذا خرج حيا ولم يكن في الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يوكل وهذا التفريع
على قول ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى انه روي عن محمد رحمه الله قال انما
يوكل الجنين اذا اشعر وتمت خلقته واما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يوكل واحتجوا
بقوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا فيتناول الفرش المتقاد من الاجنة والحمولة
الكبار بعد من الله تعالى على عباده باباحة اكلها ذلك لهم وفي المشهور ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال ذكاة الجنين ذكاة امه معناه ذكوة الام نايبة عن ذكوة الجنين كما يقال
لسان الامير ويبيع الوصي بيع اليتيم فالجرح في الام ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد
يعني ان الذكوة تنتقل عن الموضع حتى يكون في الابل يكون الذبح في المذبح فاذا عجز ربان يجرح في
اي موضع اصابه لان ذلك في وسعه مثله والذي في وسعه في الجنين ذبح الام لانه ما دام مختبيا
في البطن اتصل منه يجعل الذبح مقصودا وبعد الانفصال لا يبقى حيا فيجعل ذكاة الام ذكاة له
لان تاثير ذبح الام في زهوق الحياة عن الجنين فوق تاثير جرح محل وحل الصيد والنائب

هناك

هناك السلامة وهناك الهلاك ثم اكتفى بذلك الفعل هناك لانه وسع مثله فهاهنا
اولى ولا يجعل تبعا في حقه اي فلا يجعل الجنين تبعا لامه في حق خروج الدم بخروج الام بخلاف
الجرح في الصيد لانه ادمى الصيد بجرحه حيث ثم تناوله وان لم يحصل الفصل
من الطاهر والنجس على التمام لان ثمة اصل الجرح قد وجد وهو في الجملة سبب لانفصال
كل الرطوبات فاقيم السبب عند مقام المسبب عند العجز وهاهنا اصل سبب الحل فهو الجرح
لم يوجد في حق الجنين فافترقا وحقيقة المعنى فيه ما بينا ان المطلوب من الذكوة تسييل
الدم تمييز الطاهر من النجس وبذبح الام لا يحصل المقصود في الجنين وهو الجواب عن ما
يقال ان الذكاة يعني على الوضع قلنا نعم ولكن لا يسقط ما بعد ذكاها لو ارسل كلب الصيد
فما وقتلها او خنقها وبعد لان المقصود يحصل بدون الجرح والمراد بالحديث التشبيه
لا النيابة اي ذكوة الجنين ذكوة امه الا ترى انه ذكر الجنين اولا ولو كان المراد النيابة
لذكر النايب اولا دون المنوب عنه كما في الالفاظ الذي استشهد بها ومثل هذا
يذكر للتشبيه قال الله تعالى مشية الله وحض فلان حض امه وقال الشاعر

فعيناك عيناها وجيدك جيدها • سوى ان عظم الساق منك دقيق •

والمراد التشبيه **قال** قلت ما مراد ابي حنيفة رضي الله عنه عن الاية التي تمسك بها
وهي قوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا على ما ذكرنا وعن الحديث وهو ما روي
عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان قوما سالوا رسول الله عليه الصلوة والسلام
فقالوا انا ننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت افنلقيه ام ناكله فقال كلوه فان ذكوة
الجنين ذكوة امه وعن الدليل الواضح لهم وهو ان يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم يحل
الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه من اتلاف الحيوان لا لماكله وقد نهى رسول
الله عليه الصلوة والسلام عن ذلك **قلت** جواب ابي حنيفة رضي الله عنه عن
الاية هو ان المراد بالفرش الصغار فلا يتناول الجنين ولو كان المراد به الجنين ففيه
بيان ان الجنين ماكول وبه نقول ولكن عند وجود الشرط فيه وهو ان ينفصل حيا
فيذبح فيحل به ويعارضهم ايضا باية اخرى وهو قوله تعالى والمنخنقة فان احسن
احواله ان يكون حيا عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة وحديث
اخر وهو ما قاله عليه الصلوة والسلام لعدي بن حاتم اذا وقعت رميتك في الماء
فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله ام سهمك فقد حرم الاكل عند وقوع الشك في سبب
زهوق الروح وذلك موجود في الجنين فانه لا يدري انه مات بذبح الام ام باحتباس نفسه
ويعارضهم بالدليل المعقول وهو ما ذكرنا في الكتاب واما جواب ابي حنيفة رضي الله
عنه عن الحديث الذي ذكرنا عن القصة فقال انه لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم
يخرج من بطنها جنين ميت اي مشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون
ومعنى قوله كلوه اي اذبحوه وكلوه واما قولهم انه يحل ذبح الشاة الحامل لانه يتوهم
انه ينفصل الجنين حيا فيذبح ولان المقصود ذبح الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال
كالذبح ما ليس مما يوكل لمقصود الجلد هذا كله من المبسوط والله اعلم بالصواب واليه
المرجع والماب

فصل فيما يحل اكله وفيما لا يحل

لما ذكر احكام الذبايح وما يتعلق بها ذكر في هذا الفصل تفصيل الماكول من غير الماكول اذ الاصل
المقصود الاصلي من شرعية الذبح وهو التوسل الى الاكل وقدم الذبايح لانه ذكر في المبسوط
ان شرط حل التناول فيما يحل من الحيوانات المذكورة لقوله تعالى الا ما ذكيتم فالشرط مقدم
على المشروط المخلب للطاير كالظفر للانسان والمراد مخلب هو سلاح وهو يفعل من المخلب
وهو شق الجلد بالناب والانتزاع بمنقار وهو تركيب يدل على الامالة لان الطائر يخلب بالنابي
النفس ومنه الخلابة وهو الخداع وفي من بات طلب وضرب الناب جهارا اذا دارس
لان الاشيا لا التي منقلبة من الشيء يدل نيل ان جمعه انياب وهو من الاسنان مما

من الرباعيات فيتناول سباع الطير والبهائم اما الطيور فهي كالبازي والنسر والعقاب
والشاهين واما سباع البهائم فكالاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع
والكلب والسنور البري والاهلي كذا في الايضاح والسبع كل مختطف جارح قاتل عاد وعادة
واما عد هذه الاوصاف لبيني عليها قوله لا يعدي من الاوصاف الذميمة اليهم ثم الفرق
بين الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع عن الطيور لانه ذكر في المبسوط
بين الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهوى كالبازي والعقاب ومن ذوي البهائم ما ينتهب
بنابه من الارض كالاسد والذئب فلما كان اسم السبع شاملا عن القبيلين فسر السبع
بهذين الوصفين كيلا يتعدى من هذه الاوصاف الذميمة بالاكل اما ان الغذاء من الاثر
من ذلك كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي والمعنى
حرام لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات لانها مستخبثة طبعا
وانما ابيح لنا اكل الطيبات فقال الله تعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم فهذا اكرم المرسلين
بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به المرسلين حيث قال يا ايها الرسل كلوا من الطيبات
واعملوا صالحا ويدخل فيه الضبع والثعلب لانهما ما يعدلان به ولا يدخل لحمهما
كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رضي الله عنه في اباحتهما **فان قيل** فما جوابنا
عن ما تمسك به الشافعي من حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع اصيد هو
قال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم فقيل سمعته من رسول الله عليه الصلوة والسلام
فقال نعم. **قلت** جوابنا عن هذا الحديث المشهور الذي ذكر في الكتاب بان الطبع
ثابت على ما ذكرنا وحديث جابر ان صح فتاويله انه كان في الابتداء ثم انتسخ بقوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فيما روي من الحل يحمل على انه كان
قبل ثبوت الحرمة كذا في المبسوط عرس الرجل امرأته بالكسر ومنها ابن عرس وهو بالفارسية
راسو الرخم جمع رخمة طائر ابلق يشبه النسر خلقة يقال له مرغ العقاه ما لا يصيد
من صغار الطير وضعافه كالعصفور ونحوها الواحدة بغاثة وفي اوله الحركات الثلاث
وبالفارسية وادكر ولا باس بغراب الزرع وفي الرجن والغراب الابقع والاسود
فهو انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يلتقط الجيف فانه لا يكره ونوع منه لا يأكل
الا الجيف وانه مكروه ونوع منه يخلط الحب بالجيف يأكل الحب مرة والجيف اخرى
وانه غير مكروه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف رضي الله عنه يكره والفاختة
تؤكل وكذلك الخطاف واما الخطاف فقد ذكر في بعض الروايات انه يؤكل وقد ذكر
بعضهم انه يؤكل ولان له نابا الغداف غراب القيض ويكون ضخما وفي الجناحين هنا
كله في المغرب وعنه ولا باس باكل العقعق وعن ابي يوسف رحمه الله يكره لانه احتج
فيه الموجب للحل والموجب للحرمة لانه يخلط الجيف بالحب وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه
لا باس باكله وهو الاصح على قياس الدجاجة فانه لا باس باكلها وقد اكلها رسول الله عليه
الصلوة والسلام وهي تخلط وهذا لان ما يأكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون خبيثا
عادة ولا يوجد فيه ههنا كذا في المبسوط اما الضبع لما ذكرنا وهو قوله فيدخل فيه
الضبع يعني انه ذو ناب اما الضب فلان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عائشة عن
اكله روي عن عائشة رضي الله عنها انه اهدي اليها ضب فدخل رسول الله عليه الصلوة
والسلام فسالته عن اكله فنهاها عنه فجاءها سائل فارادت ان تعطيه اياه فقال عليه
الصلوة والسلام اتطعمين ما لا تاكلين وبهذا ناخذ فنقول لا يحل اكل الضب **فان قيل**
فما جوابنا عن ما تمسك به الشافعي رضي الله عنه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه
الصلوة والسلام سأله سائل عن الضب فقال له لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه
فلا احله ولا احرمه ومن حديث ابن عباس رضي الله عنهما اكل الضب على مائدة رسول الله
صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين ابو بكر ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر اليه ويضحك

قلت جوابنا عن ذلك نهي النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رضي الله عنها لان دليل
النهي سوى امتناع النبي صلى الله عليه وسلم من اكله كان حرمته لانه كان يعافه
الا يرى انه نهاها عن التصدق به ولو لم يكن نهيه عن اكله لحرمته لامرها بالتصدق
به كما امرها في شاة الانصاري بقوله اطعموها الاسرى والحديث الذي فيه دليل
الاباحة محمول على انه قبل ثبوت الحرمة لانه متى تعارض الدليلان احدهما يوجب الحظر
والآخر يوجب الاباحة يغلب موجب الحظر كذا في المبسوط وشرح الاقطع ولا يجوز اكل
الحمر الاهلية وكان بشر المريسي رحمه الله يبيح ذلك وهو قول مالك رضي الله عنه وحجتهما
ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد
فيما اوحي الي محرما الآية وفي حديث ابجر بن غالب رضي الله عنه انه سأل رسول الله عليه
الصلوة والسلام انه لم يبق لي من مالي الا حمراتي فقال عليه الصلوة والسلام كل من سمين
مالك واعتبر الحمار الوحشي بالاهلي فالوحشي ماكول بالاتفاق فكذا الاهلي وحجتنا في ذلك
ما روي عن عبد الله بن ابي اوفى رضي الله عنه قال اصبنا يوم خيبر حمرا اهلية فذبحناها
وان القدور لتغلي بها فقال عليه الصلاة والسلام اكفئوها بما فيها ونهى عن اكلها
فلقيت سعيد بن جبير رضي الله عنه فذكرت ذلك له فقال بل حرمها البتة فيه تبيين
انه ما حرمها يوم خيبر لقلة الظهر لانه امر باكفاء القدور بعد ما صار لحما ليس فيه
منفعة الظهر وما حرمها لانها نهبة لم تخمس فانه كان ماذونا للغانمين في تناول
ما قبل الخمس كالطعام والعلف وروي عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر
عن متعة النساء وعن الحمار الاهلي ولما بلغ عليا فتوى ابن عباس رضي الله عنهما باباحة
المتعة فقال انه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية
زمن خيبر وكذا عن ابي طلحة فترجح الآثار الموجبة الحرمة لا حجة في حديث ابجر فانه
قال كل من سمين مالك اي ثمنه واستعمله لانه يقال فلان اكل عقاره والمراد هذا
قال القائل شعر ان لنا احمرة عجافا ● ياكلن كل ليلة اكافا ● والمراد من
الاكاف والذي فيما سئلت به عائشة من الآية لا حجة لهم لانها استدركته بعام دخله
الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله عليه الصلوة والسلام عن لحم الحمار
وكان ذلك الخصوص في هذا العام واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط وانه لا مشابهة بينهما
يعني لا مشابهة لا يكون دليل الحل وانه لا مشابهة بينهما يعني قد صح بالآثار لانه قد
صح في الآثار ان النبي عليه الصلوة والسلام اباح تناول الحمار الوحشي فانه روي ان اعرابيا
اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا عقيرا او رجل حمار وحشي فامر ابا بكر
ان يقسمه بين الرفاق وقد ذكرنا هنا عن تناول الحمار لحكمه هل علم بهذا انه لا اعتبار للمشابهة
الصورية شرعا والاكل من اعلى منافعها لان بالاكل بقاء النفوس لا في الركوب ولا يليق
لحكمة الحكيم ترك اعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة وذكر ما دون ذلك الا ترى انه
في الانعام ذكر الاكل بقوله ومنها تاكلون ولانه ضم الخيل الى البغال والحمير في الذكر
دون الانعام وفي القران في الذكر دليل الاقتران في الحكم يعني الحالة الناقصة في حديث
خالد بن الوليد ان النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن اكل لحم الخيل والبغال والحمير
وكذلك في حديث مقدام بن معدي كرب وقد بينا ان الدليل المؤدي للحرمة يترجح وما
كان من الرخصة محمول على انه كان في الابتداء قبل النهي **فان قيل** فما جواب ابي حنيفة
رضي الله عنه عن ما تمسك به بالصورة وتحقيقه فان سؤره طاهر بالاتفاق وحكم تلو قوله
لحكم قول ما يؤكل لحمه فيستدل به من الحكمين على ان الفرس ماكول اللحم كالحيوان **قلت**
انا عن السؤر فقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله الكراهة في سؤره كما في لحمه
واما على ظاهر الرواية فان الفرس كالآدمي من وجه من حيث انه يحصل به ارهاب العدو
ويستحق السهم من الغنيمة والآدمي غير ماكول اللحم لكرامته وسؤره طاهر فكذا سؤر الفرس

وهذا الطريق يدل على الكراهة فيه للتنزيه واما قوله فاما اصل كول ما لا يؤكل لحمه لمعنى
المطوي فيه وللمطوي تاثير في تخفيف حكم النجاسة هذا كله من المبسوط والاصح وهذا ان
كراهته كراهية تحريم واما اختلف المشايخ لمعنى الكراهة عنده لانه ذكر في المبسوط وظاهر
اللفظ في كتاب الصيد يدل على ان الكراهة فيه التنزيه لانه ذكر في كتاب الصيد قال ابو حنيفة
رحمه الله ورخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وما قال في الجامع الصغير يقوله
يكره لحم الخيل يدل على ان كراهته للتحريم لانه روى ان ابا يوسف رحمه الله قال لابي حنيفة
رضي الله عنه اذا قلت في شيء اكرهه فما رايك فيه قال التحريم وذكر في التتمة قال القاضي
الامام الاسبيجابي رحمه الله الاصح ان الكراهة التنزيه وقال غيره الاصح ان الكراهة كراهة التحريم
وحكى سيف الدين عبد الرحيم الكرمي رحمه الله قال كنت مترددا في هذه المسالة فرايت ابا حنيفة
رضي الله عنه في المنام يقول لي كراهة التحريم يا عبد الرحيم اما لبنه فقد قيل لا باس به وذكر
قاضي خان في كتاب الصيد والذبائح واختلف المشايخ في تفسير كراهة الخيل في قول ابي حنيفة
والصحيح انه اراد به التحريم ثم قال ولبنه كلحمه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ
منه الضفدع وقال انها خبيثة من الخبائث فاذا ثبت بهذا الحديث ان الضفدع مستخبث
غير ماكول يقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع الصيد البحر يحل عليه امر فيبقى
فانه لا يجد بدا من ان يقول يؤكل الانسان المائي وهذا شنيع فعرفنا ان الماكول من الماء السمك
فقط واما قوله تعالى احل لكم صيد البحر فالمراد منه ما يوجد من السمك طريا وقوله تعالى
وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه **فان قلت** ما جوابنا عما تمسكوا بحديث ابي سعيد الخدري
رضي الله عنه قال كنا اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فاصابتنا مجاعة فالقى
البحر لنا دابة فاكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سالناه عن
ذلك فقال هل بقي عندكم منه شيء فتطعموني **قلت** الصحيح من الرواية فالقى البحر لنا حوتا
يقال له عنبر وهي اسم للسمك والحجة لنا في المسالة قوله تعالى او لحم خنزير وما اهل لغير الله به
ولم يفصل بين البري والبحري منه كذا في المبسوط ثم الطافي اسم فاعل من طفى الشيء فوق الماء
يطفو طفوا والمراد من السمك والملوما هيج ايضا نوع من السمك وهو غير الحديث كذا في
المغرب فكان ما ذكر في الكتاب والمار ما هيج يستبد البنا بصرف منه والحجة عليه ما روي
ما ذكر من قوله عليه الصلوة والسلام احلت لنا ميتتان ودمان الحديث ويتخرج عليها فروع
كثيرة وبينا ها في كتاب المنتهى وهو انه لو وجد في بطن السمكة سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق
المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها شيء من طيور الماء او غيره وكذلك ان ماتت من حبس لان ضيق
المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حضيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير شيء
لان ضيق المكان سبب لموتها وان كان لا يؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب
وان ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء لتاكل
منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو على ما الحسر عنه الماء قال عليه الصلوة والسلام ما الحسر
عنه الماء فكل وكذلك لو جمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت واما اذا ماتت بحر الماء او برده ففيه
روايتان في احد الروايتين يؤكل السمكة لموتها بسبب وفي الرواية الاخرى لا يؤكل لان الماء لا يقتل
السمكة حارا كان او باردا وروى هشام عن محمد رحمه الله عن بعضه فان كان راسه في الماء فانه
لا يؤكل وان كان الماء اخرج عن راسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل كذا في المبسوط وذكر
في الذخيرة اذا وجد في السمكة الطافية سمكة انها تؤكل وان كانت الطافية لا تؤكل وعن
محمد رحمه الله في سمكة توجد في بطن الكلب لا باس باكلها يريد به اذا لم يتغير ولا باس باكل سمكة
يصيدها المجوسي لانها تحل من غير تسمية فان اذا اخذ السمكة وترك عليها التسمية عمدا احل وما يحل بدون
التسمية فالمجوسي وغير المجوسي سواء والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان كلا منهما متعلقة بالذبح غير ان الاولى معلقة به حلالا في الذكاة

الاضحية

[illegible]

والمسلمون في صدر الاسلام فنسخ وصار كالعتيرة لان كل دم لا يجب على المسافر لا يجب على المقيم كالعتيرة والاضحية غير واجبة على المسافر بالاتفاق فينبغي ان لا تكون واجبة على المقيم ايضا وذلك نوقض بالوجوب يوم الجمعة وذلك ان اضافة الوقت اليها لا يتحقق في الاوان يكون موجودة فيه ولا يكون موجودة فيه لا محالة الا ان يكون واجبة لجواز ان يجمع الناس على ترك فالسنن لا يجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واذا اجتمعوا على ذلك لم يخرج على ان يكون موجودا فيه استحقاقا فالجواز الاداء فيه لا يصير الوقت مضافا اليه لسائر الايام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم الا رمضان بعرفنا ان اضافة الوقت الى القربة يدل على وجوبها فيه كذا في المبسوط بالنظر الى الجنس اي بالنظر الى جنس المطيعين يدلا بهم لا يجتمعون على ترك الواجب ظاهرا ويجوز ان يجتمعون على ترك ما ليس بواجب غير ان الاداء يختص الى احد هذا جواب عن قولهم لا انها كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر يعني ان ما لم يجب على المسافر الاضحية بسبب اسباب اي شرائط يختص بالاضحية يشق على المسافر استحضارها وفي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها عن صلاة الاضحى فيسقط عن المسافر تخفيفا والسفر يؤثر في التخفيف ولذا يجب عليه رعاية فراغ الامام عن صلاة الاضحى وحق اهل المصر في وجه لم يشق عليه من واجبات الصلوة حتى انه ذبح قبل ان يتشهد الامام لا يجوز وفي الحاوي لو ذبح بعدما يتشهد الامام قبل ان يسلم لا يجوز وفي رواية جائز فيه اسا ورعاية طلوع الفجر الثاني من يوم النحر في حق اهل السواد ورعاية الحرية والعقل والبلوغ في المسافر فيسقط من المسافر ما يؤدي في حرجا من الاضحية مع كونه ادنى وجوبا منها لجواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا يبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو ادنى في وجوبا واقوى في حرجا من زيادة ثمن مثل الماء والمراد بالارادة ما هو ضد السهو فكان معنى قوله عليه الصلوة والسلام من اراد ان يضحي اي من قصد الاضحية التي هي حسابه لقوله من قال من اراد منكم الجمعة فليغتسل

فإن قلت الجواب عن ما تمسك به ابو يوسف والشافعي رحمهما الله من قوله عليه الصلوة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقال ايضا عليه الصلوة والسلام خصصت بثلاثة وهي لكم سنة الاضحية وصلاة الضحى والوتر وقال ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم عليه الصلوة والسلام وعن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما لا كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة والدليل عليه ايضا من الغني انه يحل له التناول منه واطعام الغني وان كان واجبا لم يحل له التناول كما في جزاء الصيد وغيره

قلت الاضحية لم في قوله عليه الصلوة والسلام لم يكتب عليكم فاراد به فرضا كما في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم الصيام الآية عن مكتوبة علي وواجبة فالمكتوب ما يكون فرضا لا يعذر احد بتركه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصا بكون الاضحية مكتوبة عليه كما قال واما قوله عليه الصلوة والسلام ضحوا فهو امر يفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة الطريقة في اللغة والمراد انه لا ينفي الوجوب وتأويل حديث ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين او في حالة السفر واما اباحة التناول للمضحي والاغنياء فباذن من له الحق فانه بالتضحية يجعلها لله تعالى وقد قال الله تعالى فكلوا منها ولما ابيح له التناول وهو غني فلما يباح له الاطعام للاغنياء ثم عن المضحي اولى الى هذا اشار في المبسوط وهي شاة تعام في رجب على ما قيل في هذا اللفظ اشارة الى الاختلاف في تفسير العتيرة وقد ذكرنا في المغرب ما يوافق تفسير العتيرة في الكتاب وذكر في تفسيرها في الايضاح على غير ذلك الوجه فقال العتيرة ما كان الرجل اذا ولد له الناقة او الشاة ذبح اول ولد فاطعم واكل وذكر الرحبية على وفق تفسير العتيرة في الكتاب والعقيقة معروفة وهذه دماء ثلاث كانت في الجاهلية يسمونها الاضحية

[illegible]

وبالامامة لما بينا وهو قوله عز ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها
في السفر لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام من وجد سعة ولم يضح لا يقربن
مصلانا يقولون اي بمضي الوقت وروى عنه انه لا يجب على ولده اي سواء كان الولد صغيرا
او كبيرا وهو ظاهر الرواية والفتوى على ظاهر الرواية كذا في فتاوى قاضيخان هذا
الذي ذكره فيما اذا لم يكن للولد الصغير مال لانه ذكر في المبسوط والذخيرة واذا كان الرجل
غنيا وله اولاد صغار وليس للاولاد مال فقال بعض مشايخنا على الاب والوصي ان يضحي
من ماله عند ابي حنيفة رحمه الله على قياس صدقة الفطر والاصح انه لا يجب ذلك وليس
له ان يفعله من ماله لانه ان كان المقصود الاتلاف فالاب لا يملك في مال الولد كالعتق
وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم وذلك تطوع غير واجب ومال الصبي
لا يحتمل صدقة التطوع ويأكل منه اي ويأكل الصغير من المضحى من ماله ويبتاع ما ينتفع
بعينه كالغربال والمنخل وهذا الذي ذكره وغيره الاضحية من غير خلاف احد فانه
جائز اما في الاضحية لو اراد بيع لحم الاضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك وليس له في
اللحم الا ان يطعم او يأكل وصار حاصل الجواب في الجلد انه لو باعه بشيء ينتفع به ولو باعه
بشيء لا ينتفع به الا بعد استهلاكه لا يجوز وفي اللحم لا يجوز اصلا سواء باعه بشيء ينتفع به او باعه
بشيء لا ينتفع به الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الجواب في اللحم كالجواب
في الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه يجوز وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله كذا في الذخيرة
وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع اي لا يجوز عن صاحب الكثير كما لا يجوز عن صاحب
القليل فلا يجوز منهما جميعا حتى ان الرجل اذا مات وترك ابنا وامرأة فضحيا بها يوم العيد
لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن ايضا كذا في
المبسوط والذخيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح هذا احتراز عن قول
بعض المشايخ لانهم قالوا لا يجزيهما لان لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف
السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز وبه اخذ
الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد رحمهما الله ووجه ذلك ان نصف السبع وان لم يكن
اضحية فهي تبع للاضحية فلا يضر كذا في الذخيرة ولو قسماها فلا يجوز لان
في القسمة معنى المبادلة ولا يجوز ذلك مجازفة عند وجود الجنس والوزن قال ولا يجوز
التحليل لانه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا يجوز الى هذا اشار في الايضاح
الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد يعني اذا كان مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع
الاخر البعض مع الجلد حتى يصرف الجنس الى خلاف الجنس والاشتراك هنا صفة اي المبيع
بصفة المنقول وفي المبسوط ان الاشتراك هنا الصفة ووجهه ان هذا رجوع منه عن بعض
ما ذكرت وذلك حرام شرعا وجه الاستحسان انه لو اشتركهم معه فيها ابتداء بان اشتروا
جملة جاز وكذلك اذا اشركهم بعد الشراء قبل اتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يبتلى
بهذا على ما ذكر في الكتاب من الشراء للتضحية لا يمنع البيع قال في المبسوط واذا اشترى
اضحية ثم باعها واشترى مثلها فلا بأس به لكن ان يفسر الشراء ليتعين الاضحية مثل ان
يوجبها ويكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها
الى اخره ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح
حتى يصلي الامام وهذه العبارة تشير الى ما ذكره الامام شمس الائمة في المبسوط وقوله
ومن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجوز لعدم الشرط لا لعدم الوقت ولهذا جازت التضحية
في القرى بعد انشقاق الفجر ودخول الوقت لا يختلف في حق اهل الامصار والقرى
وانما يختلفون في وجوب الصلوة وليس على اهل القرى لهم صلاة العيد ولما روينا حجة
على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام اراد به قوله عليه
الصلاة والسلام من ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وهو بعمومه

يتناول

بالعوراء ان العيب اليسير والكثير ما لا اثر له في لحمها والعجز وانه في ذلك لانه لا يصير معيب
بانه من العلف فانتقص بالعيب وعند ملة العلف بعد العين والاذن منصوص بها
ايسارها مقطوعة الاذن لم يجز لانعدام شرط منصوص واذا كانت مقطوعة الطرف
بذلك بالطريق الاول كذا في المبسوط المعنى بالكثير الموضع الذي يبيح منه والفتح فيما
من لساء الله تعالى نسكا ومنسكا اذ اذبح لوجهه النفي الخ وفيه نهى ان يضحى بالعجفاء
التي لا تنقى اي لها نقي من شدة عجفها واستشرفوا الاذن والعين اي تاملوا سلامتهما
من انه جدع او عور واطلبوهما شرفتين بالتمام والسلامة كذا في المغرب وان قطع من
الذنب الثلث او اقل اجزاه وذكر الصدر الشهيد في الاضاحي يجوز في الاصح وهذا الذي ذكر
برواية هشام اعتبارا بالوصية فان الوصية بالثلث في الوصية الذي دونه ورد في عنه
الربع يعني اذا كان الذاهب الربع لا يجوز لان الربع حكم الكمال في رواية بن شجاع عن ابي حنيفة
يروى الثلث اذا كان الذاهب الثلث لا يجوز وان كان اقل من الثلث يجوز لان النبي عليه
الصلاة والسلام سمى الثلث كثيرا في قوله الثلث والثلث كثير وهو رواية بشر عن ابي حنيفة
رضي الله عنه كذا في المبسوط وقيل معناه قولي قريب من قولك اي قول الذي هو القول
الاول وهو ان الاكثر من الثلث مانع لان ما دونه كان اقرب الى قول ابي يوسف رحمه الله
الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي اجزاه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع مانع و
مانع وفي كون النصف مانعا روايتان وذكر في المبسوط انه يمنع الجواز مطلقا من كان
رحمه قول ابي يوسف رحمه الله ان القلة والكثرة من الاسماء المشتركة فاذا كان الذاهب
اقل من النصف فلما اذا قابل الذاهب بالباقي كان الباقي اكثر واذا كان الذاهب
اكثر من النصف فاذا قابله بالباقي كان الباقي اقل واذا كان الذاهب النصف سوا
لا يجوز لانه لما استوى المانع والمجوز ترجح المانع احتياطا فاما الشق في الاذن فهو عيب
يسير الا يرى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ومن العلماء من قال
لا يجوز لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى ان يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة
والمدابرة فالشرقاء ان يكون الخرق في اذنها طولا والخرقاء الذي يكون عرضا والمقابلة
قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخر اذنها وتاويل ذلك عندنا اذا كان بعض
الاذن مقطوعا وكان الذاهب اكثر من الثلث لما قلنا قال الجماء اي لا قرن لها والهى
جاء جمعها جم والهى التي ملحقة وفي ... سمعه شعرات سود وهي
لون الملح والوجاء على فعال نوع من الخصا وهو ان يضرب العروق بحديد وتطعن فيها
من غير اخراج الخصيتين قال الشيخ ... اذا فعل به ذلك السكاء من السك وهو صغير كذا في المغرب
الاذن ورجل اسك وعنز سكاء وهي عند الفقهاء الذي لا اذن لها الا الصماخ
وعلى الفقير بان ... الاضحية فتعيبت اي فتعيبت هذه الشاة المشتراة بنية
الاضحية لا يضمن الفقير لما نقص من قيمتها لان نقصانها لم يكن من فعله كنقصان النصاب
في الزكاة بعد حولان الحول فانه لو انتقص النصاب بعد ما وجبت فيه الزكوة سقط من
الزكوة بقدره ولا يضمن رب المال لان نقصانه لم يكن من فعله ثم الجامع بينهما ان محل الوجوب
فيهما جميعا المال لا الذمة حتى سقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعا فكذا
في النقصان ينقص الواجب بقدره من غير ضمان وذكر في الايضاح ولو اشترى اضحية سمينة
فعجفت عنده لم يجز ان كان موسرا وان كان معسرا اجاز لان الموسر يجب عليه الاضحية في ذمته
فلا يخرج عن العهدة الا اذا كان الذي ... وصف الواجب واما الفقير فاوجب عليه في ذمته
شيء ولكن بايجابه تلك العين ولو هلكت العين لم يلزمه شيء وكذا اذا انتقص ولو كان
الفقير اوجب على نفسه اضحية لم تجز هذه لانها وجبت في ذمته بايجابه فصار كالغني
قوله وعلى هذا ... الاضحية ذكر في الزيادات هذا قصر اختلف فيه
الروايات فاشارة الزيادات انه من قول بعض المشايخ انها تصير واجبة بالاضحية موسرا كان

[illegible]

[illegible]

المشتري او معسراً وفي النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انها لا تصير واجبة
الاضحية معسرا كان او موسرا وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير
واجبة بالشرا على نية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا
تجب وروى الزعفراني رحمه الله عن اصحابنا انها لا تجب واستاد شمس الائمة في شرحه الى
ما ذكر الزعفراني واتفقوا على انها بمجرد النية للاضحية لا تصير واجبة حتى ان من كان
له شاة فنوى ان يضحي بهذه الشاة ولم يذكر بلسانه شيئا انها لا تصير واجبة للاضحية
نعم اذا اوجب عليه بايجابه صريحا او بالشرا بنية الاضحية اذا كان المشتري فقيرا على قول من
يقول به فمثل ان يذبحها تصدق بعينها على المساكين فان تصدق في ايام النحر فعليه
مثلها مكانها لان الواجب عليه التضحية والاراقة وانما ينتقل الى الصدقة اذا وقع الياس
عن التضحية بمضي هذه الايام فبمضي هذه الايام تعينت الاراقة واجبة فاذا تصدق
بها فقد فوت ما وجب عليه فلزمه مثلها وان لم يشتر مثلها حتى مضت ايام النحر تصدق
بقيمتها لانه وقع الياس عن التضحية والاراقة لان الاراقة انما عرفت قربة في زمان
مخصوص فسقط بمضي ذلك الزمان كالجمرات السبق والوقوف بعرفة وما اشبهها
واشتغلت الى الصدقة ولا تجزي الصدقة الاولى التي كانت في ايام النحر لانه تصدق
قبل سبب الوجوب ولا تجزيه عن ما يلزمه من التصدق بعد ذلك ولم يتصدق بتلك
الشاة التي اوجبها ولم يذبحها حتى مضت ايام النحر تصدق بعينها حية وقد ذكر
ولو ضلت او سرقت الى ان قال على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما لان الوجوب
على الفقير بالشرا والشراء تعدد فتعدد الوجوب والوجوب على الغني بايجاب الشرع
والشرع لم يوجب له اضحية واحدة كذا في الفتاوى الظهيرية وقد ذكرنا اختيار شمس
الائمة الزعفراني رحمه الله ان الفقير اذا اشترى شاة بنية الاضحية لا يجب عليه بمجرد
الشرا فاذا انكسر رجلها لا فائدة في تخصيص انكسار الرجل لانها لو تعيبت بالعيوب المذكورة
من اعورار العين وانقطاع الاذن فالحكم كذلك لانه ذكر في المبسوط وان اصابها
شيء من هذه العيوب في اضطرابها حين اضجعها للذبح ذبحها على مكانها فالحكم هكذا
اجزاه استحسانا واما قوله بقوله استحسانا فلان القياس لا يجزيه لان تأدى الواجب
بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عند التضحية فصارت كما لو كانت كذلك قبل حالة
الاضجاع وفي الاستحسان تجزيه لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فقد تنقلب
السكين من يده فتصيب عينها فجعل ذلك عفوا اذ به الجرح ولانها اضجعها للتقرب
باتلافها فلحق جزء منها في هذه الحالة من عمل التقرب فلا يمنع الجواز بخلاف ما قبل
الاضجاع وعن ابي يوسف رحمه الله قال لو اذا اصابها ذلك في يوم النحر ثم ضحى بها بعد
ذلك بيوم من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقها وانما قيد بمذهب الفقها
لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا خطه الامام الزرنوجي رحمه
الله وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا انه في الابل قبل السنة الخامسة
ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجذع
من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر ثم الثني من الابل الذي اتى اي الذي تم
وهو ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الضان ما استكمل الثانية
ودخل في الثالثة ومن الحافر ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهو في كلها
بعد الجذع وقال بعضهم شعرا الثنايا ابن حول وابن ضعف وابن خمس من ذوي ظلف وخف
لانها الاصل في اللغة وذكر في الايضاح ان جانبها يرجح على جانب الحل لانه يتخلق
فيها وقالت الورثة اي الكبار منهم لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن
الميت واذا اراد في نصيبه لم يجز في نصيب الشركا وفي الاستحسان يجوز لان معنى القربة
حصل في اراقة الدم فان التبرع من الوارث على مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق

وانا

[illegible]

فائدة

[illegible]

أراد بالعدل هـ

ده قوله ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ١٢

حلال ده

صح وقف العقار ببقرة واكرته وهم عبيده وسائر آلات الحراثة تبعا للعقار لا المنقول لانه لا يتأبد درر غرر

ولم يبق

مطلب في قبول شهادة الواحد في الديانات

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية ... الأضحية من ... أيام النحر ...

[illegible]

قوله

[illegible]

الجرجرة صوت يردده البعير في حنجرته وصب الماء في الحلق كالتجرجر والجرجرة ... جرعا متداركا ... صوته ... قاموس

ط

وقول محمد

وفي الحديث على ما اتت في المتفق ... الذي يشرب في آنية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم ... من النقاث بنصب الراء ... يردد هامن جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته وتفسير الازهري يجرجر اي يحدر ... وتفسير يجرجر بيصوت فليس بذاك
موت

كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ثم كان يتغنى في مرضه وكان لا يفعل ذلك ملهيا
ولكن يدفع الوسواس عن نفسه وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان جميع ذلك مكروه
عند علمائنا ويحتج بقوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث الاية انه جاء في التفسير
ان المراد به الغنا واما حديث انس فهو محمول على ما اذا كان ينشد الاشعار المباحة
وهي الاشعار التي فيها الموعظة والحكمة ولا بأس بانشاد مثل هذه الاشعار وشعر
لو كان في الشعر صفة المرأة ان كانت امرأة بعينها وهي حية يكره وان كانت ميتة
لا يكره وان كانت امرأة مرسلة لا يكره هذا كله من الذخيرة والجامع الصغير
لقاضي خان رحمه الله وفتاويه والجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله والله اعلم

فصل في اللبس لما ذكر مقدمات الكراهية ذكر ما يرد على الانسان مما يحتاج
اليه بالفصول فقدم اللبس على الاكل والشرب لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى
الوطي هذان محرمان اي هذان حلسان محرمان فسوت الحرمة فيما عينه بطريق العبارة
وفي غيره من جنسه بطريق الدلالة والمكفوف بالحرير يعني والرجل والمرأة في ذلك
سواء خلاف اللبس كذا في الخلاصة لنا العمومات وهي ما ذكر من قوله نهى عن لبس
الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه
استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليه اعرض
بعالواله لم اعرضت عنا قال لا ارى عليكم ثياب اهل النار المرفعه بكسر الميم وسادة
الاتكاء ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام وكذا القليل من اللبس والاستعمال
فكان هذا نظير النجاسة فان قليلها عفو عن كثير فعلون كثرها عفوا في زمن قليل
النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموده وهو ان يعلم بهذا المقدار لدم مثا
بعدله في الآخرة ويرغب بسبب وصلة الذي لا يصل فيما زونا وهو قوله عليه
الصلوة والسلام هذان محرمان على ذكور امتي كلاهما والخز اسم لثوب سداه حرير
ولحمته صوف حيوان في الماء وكان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج هي اللحمة فكانت
هي المعتبر دون السدى وهو ان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم
الى آخرهما وآخرهما اللحمة فعلى هذا يجوز لبس العتابي ونحو هذا آخر تعليل في المسألة
والثاني في اللحمة تكون على ظاهر الثوب مرئي وذا شاهد وبلاد في الشرع كان ترتيبا
بالجزء فعلى هذا التعليل الثاني يكره لبس العتابي لكون سداه ثلثا هذا لذا في الجامع
الصغير لقاضي خان رحمه الله قضاء وحاصل المسألة على ثلاثة اوجه احدها ان يكون
سداه حريرا ولحمته غير حرير وهذا لا بأس به في الحرب وغيره لان السدى يصير مستورا
باللحمة حتى انه لو لم يكن مستورا باللحمة يكره وذلك على ما ذكرنا من احد الوجهين
والثاني ان يكون لحمته حريرا وسداه غير حرير وهذا يباح في الحرب دون غيره لان اللحمة
هي الزينة في الحرب وليس للحرير من كل وجه يباح في الحرب للرجال لعينهما للون
للحرير اهيب في عين العدو من غيره فهذا اولى والثالث ما يكون حريرا كله وهو
الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وهل يجوز لبسه في الحرب عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لا يجوز وعندهما يجوز كذا ذكر الامام المحبوبي رحمه الله وذكر هشام
عن محمد رحمه الله انه لم ير بلباس الرفيع جدا بأسا قال خرج رسول الله عليه الصلوة
والسلام وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة
الاف درهم ودخل رجل من اصحابه عليه يوما وعليه رداء احمر فقال عليه الصلوة والسلام
ان الله تعالى اذا انعم على عبد احب ان يرى اثر نعمته عليه يوما وعليه رداء احمر
فقال عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى اذا انعم على عبد احب ان يرى اثر نعمته
عليه وابو حنيفة رضي الله عنه كان يرتدي برداء قيمته اربع مائة درهم واباح الله تعالى
الزينة بقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده كذا في الذخيرة قيل للشيخ

مطلب اذا انتقض ... ابطال ...

[illegible]

رحمه الله اللبس روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يلبس قميصا عليه كذا كذا رقعة فان
اما فعل عمر رضي الله عنه ذلك لحكمه وهو انه كان امير المؤمنين ولو لبس ثيابا نفيسة واتخذ
لنفسه الوانا من الاطعمة فعل له وحشمه يقتدون به في ذلك وربما لا يكون لهم مال
فيا خذون من المسلمين فاما اختار ذلك لهذه المصلحة وانما روي عن النبي عليه الصلوة
والسلام في لباسه وذلك دليل الجواز ولا كلام فيه وفي المنتقى كان ابو حنيفة
رضي الله عنه يكره للرجال ان يلبسوا الثوب المزعفر والمعصفر كذا في الذخيرة لما روينا
من قوله عليه الصلوة والسلام هذان محرمان على ذكور امتي الا التختم من الفضة
هذا اذا لم يرد به التزين وذكر الامام المحبوبي رحمه الله ان التختم بالفضة فان لو ان يقصد
به التختم وحده لا يكره وقد جاءت اباحة ذلك اي في اباحة التختم بخاتم الفضة اثار روي ما
ذكره الامام المحبوبي رحمه الله حيث قال وقد كان لرسول الله عليه الصلوة والسلام
خاتم فضة فصه منه ونقش خاتمه محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم محمد سطر ورسول
سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم من فضة ونقش محمد
رسول الله فقال له النبي عليه الصلوة والسلام ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول
الله فقال عليه الصلوة والسلام امن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي
عليه الصلوة والسلام من معاذ فوهبه منه وكان في يده عليه الصلاة والسلام الى
ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي ثم كان في يد عمر الى ان توفي ثم كان في يد عثمان
الى ان توفي رضي الله عنهم حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه ولم يجده
ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم في البئر وفي اخر حديث لعمان
من يستر وقال عليه الصلوة والسلام اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال والتختم
باليمين ويجعل الفص الى باطن كفه وفي الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله واذا تختم
بالفضة ينبغي ان يكون الفص الى باطن الكف لا الى ظاهرها بخلاف النساء ويجعله
في اليد اليسرى وفي قوله عليه الصلوة والسلام اللهم اجعله في يمينك كان في الابتداء
ثم صار ذلك من علامات اهل البغي وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما فان
المشايخ رحمهم الله اختلفوا في قول ابي يوسف رحمه الله منهم من ذكر قوله مع ابي حنيفة
رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الاملاء قوله مع محمد رحمه الله واستدل
ابو حنيفة رضي الله عنه بقوله عليه الصلوة والسلام هذان محرمان على ذكور امتي
والعام المتفق على قبوله يترجح على الخاص المختلف في قبوله ولعل رسول الله عليه الصلوة
والسلام حين عرفجة بذلك كما رخص الزبير بن العوام بلبس الحرير لحكة كانت به وقد
ابدلنا بالفضة ومعنى الاذى لان استعمال الفضة للرجال اهون حتى حل للرجل التختم
بالفضة دون الذهب والضرورة فيما روي اي من حديث عرفجة لم تندفع في الانف
دونه اي دون الذهب اي لم تندفع ضرورة حصل الانف بدون اتخاذه من الذهب لانه
لما اتخذ الانف من الفضة انتن فلذلك احتاج الى عمل الانف من الذهب فيجوز اتخاذه
من الذهب ضرورة ولا كلام في الضرورات ولذلك الذي يمسح بها الوضوء اي يكره ايضا
وذكر بعض المتاخرين من مشايخنا رحمهم الله ان المسلمين قد استعملوا هذا في عامة البلاد
مناديل الوضوء والخرق لدفع الاذى من الثياب النفيسة وما راه المسلمون حسنا فهو
عند الله حسن وقد جاء في الحديث ان النبي عليه الصلوة والسلام كان يمسح وضوءه بالخرقة
في بعض الاوقات فلم يمكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه
وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء
فعل ذلك تجبرا مكروه وان فعل ذلك لحاجة وضرورة هذا كله من الجامع الصغير
لقاضي خان والمحبوبي الرتيمة خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذا الرتمة قال الشاعر
اذا لم يكن حاجاتنا في نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم *

والمر

والمرخصة من الحجر والمشار اليه المسكت * هل ينفعك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصي

[illegible]

والله اعلم

فصل

في النظر والوطي والمس

[illegible]

الاجنبية

الغليظة وبه نقول ان العورة الغليظة هي السوأة ولكن حكم العورة ثبت فيما حول
السوأتين باعتبار القرب فيكون حكم العورة فيه اخف **فان قلت** ما جوابنا عن
ما تمسك به الشافعي رحمه الله في ان الركبة ليست بعورة من حديث انس رضي الله عنه
قال انس ما ابدى رسول الله عليه الصلوة والسلام ركبته بين يدي جليس قط وانما قصد
هذا ذكر الشمائل فلو كانت الركبة من العورة لم يكن هذا من جملة الشمائل لان ستر
العورة فرض على كل احد **قلت** المروي عنه ما مد رسول الله عليه الصلوة والسلام
رجليه بين يدي جليس قط وهذا من الشمائل وابدى الركبة على ما ذكر في بعض
الروايات كناية عن هذا المعنى ايضا هذا كله فيما اشار اليه في المبسوط ووجه الفرق
وهو ان الشهوة عليهن غالبة تفسير الفرق هو ان الشهوة لما كانت غالبة عليهن قامت
غلبة الشهوة مقام التحقق لان الغالب يقوم مقام المتحقق في كثير من الصور حتى ان
وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقة الصدق
والصحة ولذلك يجوز ابو حنيفة رضي الله عنه صلاة من كان في السفينة قاعدا بلا عذر
باعتبار دوران الراس غالبا فجعله كدورانه حقيقة ولما اشتهى الرجل في نظره الى المراة
كانت الشهوة موجودة من الجانبين من جانب المراة حكما واعتبارا ومن جانب الرجل حقيقة
واما اذا نظرت المراة الى الرجل بشهوة والرجل لا يشتهيها كانت الشهوة موجودة من
جانب واحد وهو جانب المراة واما من جانب الرجل فلم يوجد الشهوة اصلا لا حقيقة لانه
لم ينظر اليها ولا حكما واعتبارا لان الشهوة ليست غالبة من جانب الرجل حتى يقوم الغلبة
مقام الحقيقة حكما فكانت الشهوة من جانب لا غير ولذلك استحب لها ان تغض بصرها ووجب
على الرجل ان يغض بصره اذا اشتهى في النظر اليها وقوله غير موجودة من جانبه حقيقة
لانه غير ناظر اليها واعتبارا اي غير موجودة اعتبارا لعدم غلبة الظن بالشهوة ولهذا
الضرورة تحققت من الانكشاف فيما بينهن اي في الحمام وهذا دليل على انه لا يمنعهن عن
الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس وذلك لان العرف الظاهر في جميع البلدان
بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة
النساء الى دخول الحمامات اكثر من حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمراة
الى هذا احوج من الرجل ويمكن الرجل من الاغتسال في الانهار دون الحياض والمراة لا تتمكن
من ذلك الى هذا اشار في المبسوط وينظر الرجل من امته التي تحل له قيد بالحل
لان اباحة النظر الى جميع بدن امراته وامته مبنية على حل الوطء وهي لا تحل له من امته
كامته المجوسية وامته التي هي اخته من الرضاعة كان حكمهما من النظر كامة
الغير الجامع الوصفين وانما قيد به لان في الاهلي نوع تمييز من الاوصاف والنعت وفي
شمائل الصديق رضي الله عنه ما نظر الى عورته قط ولا مسها بيمينه فما ظنك بعورة
الغير وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الاولى ان ينظر الرجل الى فرج امراته وقت الوقاع
ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة وعن ابي يوسف رحمه الله في الامالي قال سالت ابا
حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امراته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى
بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر كذا في الذخيرة ولا ينظر الى بطنها وظهرها
لان ذلك ليس منها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا باس بذلك ويجعل حالها
كحال الجنس في النظر وهذا ليس بصحيح فان حكم الظهار ثابت في النص وصورته ان يقول
ان يقول لامراته انت علي كظهر امي وهو منكر من القول وزورا لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة
فلو كان النظر الى ظهر الام حلالا له لما كان هذا تشبيه محللة بمحللة فاذا ثبت هذا في الظهر
ثبت في البطن لانه اقرب الى المباشرة الى ان يكون مشتهى منها والحسا وكذلك ولا يبدين

[illegible]

وينتهي ذكر الزينة هنا مبالغة في النهي عن ابدا موضعها كما في قوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب اي من
الوجه والراس الى اخره وانما قلنا ان هذه مواضع الزينة لان الراس موضع العقاص والقرن
موضع القلادة والصدر كذلك فالقلادة والوشاح قد ينتهي الى الصدر والاذن
موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب
والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب كذا في المبسوط **فان قلت** لما كان ينظر
الرجل من ذوات محارمه الى موضع الزينة كلها كان ينبغي ان ينظر الى ظهرها ايضا لان
ظهرها موضع في هذه المواضع التي هي مواضع الزين **قلت** ينظر الى القراسيل والكن
لا ينظر الى ظهرها بدون حايل بخلاف ساير مواضع الزين لان امر القراسيل على خلاف
امر ساير الحلي لان القراسيل لا يقع الا فوق اللباس ويجوز النظر الى الثوب الواقع على
الظهر والنظر للاجانب فضلا عن هو لا حتى لا يحل النظر اليه الى القراسيل الواقع
عليه بمنزلة الذي ذكره في حق المحارم مواضع الزينة وكذلك مواضع الزينة الظاهرة للوجه
موضع الكحل في عينيه والخضاب بالوسمة في حاجبيه وشاربه والكحل في خديه والكف
والقدم وقد ذكرنا الى هذا اشار في الكشاف لوجود المعنيين وهما الضرورة وقلة
الرغبة فيه اي في المحرم وهذا اشارة الى ما ذكر بقوله ولو حرم النظر الى هذه المواضع
ادى الى الحرج وكذلك الرغبة بسبب الحرمة المؤبدة وقوله في الاصح متعلق بقوله او سفاح
لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح لانه ذكر من المبسوط
ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمة بالرضاع فقال وكذلك المحرمة بالمصاهرة
لان الله تعالى سوى بينهما بقوله تعالى فجعله نسبا وصهرا الا ان مشايخنا رحمهم الله تعالى
فيما اذا كان ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا فقال بعضهم لا يثبت به حل المس والنظر
لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة ولانه قد ظهر منه خيانته
خيانته فلا يؤمن ثانيا والاصح انه لا باس بذلك لانها محرمة عليه على التابيد ولا
باس بالنظر الى محاسنها كما لو كان ثبوت حرمة المصاهرة بالنكاح ولا يجوز ان يقال
ثبوت الحرمة بطريق العقوبة هاهنا لانا انما نثبت الحرمة هاهنا بالقياس على
النكاح فاذا جعلناه بطريق العقوبة لم يمكن تلك الحرمة واثبات الحرمة ابتدا
بالراي لا يجوز ولا باس بان يمس ما جاز النظر منها لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان يقبل راس فاطمة رضي الله عنها ويقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم
من سفر بدا بها فعانقها وقبل راسها وقال عليه الصلوة والسلام من قبل رجل
امه فكانما قبل عتبة الجنة لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام وكلمة فوق هاهنا صلة فان
حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة ايام ايضا فكان نظير قوله تعالى فان كن نساء فوق
اثنتين فلهن ثلثا ما ترك فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس ان يمسها
وراء ثيابها لما روي ان رجلا جاء الى رسول الله عليه الصلوة والسلام فقال اني سيئ
الخلق فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اكان سيئ الخلق حين ارضعتك
حولين فقال الرجل ارايت لو حملتها على عاتقي وحججت بها الى البيت اكنت قاضيا حقها
قال لا ولا طلقة واحدة ولان بسبب السير يعدم معنى العورة وبالمحرمية ينعدم
معنى الشهوة فلا باس بهما في الاركاب والانزال كما في حق الجنس كذا في المبسوط علاها
بالدرة اي ضرب علاوتها اي راسها الضرورة فيهن اي الضرورة والتي لا تدفع لها في المحارم
بمجرد الحاجة اعتبر نفس الحاجة الى الضرورة ولا باس بان يمس ذلك اي المواضع التي يجوز
النظر اليها ولم تفصل الرواية بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان في النظر او في المس وقال

رجل

رجل اراد ان يشتري جارية لا باس ...

[illegible]

امل ان ىثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا ىثبت ذلك للعجز ما دام ايضا بسبب
دين المولى احق بها حتى ىملك استخلاصها لنفسه بقضا الدين من موضع اخر فاذا اخاضت
بعد ما صار المولى احق بها تجزاىك الحيضة من الاستبرا ولكنه استحسن فقال عليه ان
ىستبرها بعد ما ىثبت بها لانه قبل الشرا كان لا ىملك رقبتها عنده حتى اذا اعتقها لم ىعتق
بعقده وانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه ان ىستبرىها وىمى
لا ىحل له وطيها اي لو اشتراها من رجل لا ىحل له وطيها ىجب عليه الاستبرا على المشتري فصورة
ذلك ما اذا اشترى جارىة من بايع ورثها من ابيه الذي استمتع بها او اشترى من بايع كا
الجارىة اختا له من الرضاع وكذا لا ىجزى بالحيضة الذي اشتراها في اثنايها اي في اثنا
الحيضة الا في رواىة عن ابي ىوسف رحمه الله فانها اذا طهرت من هذه الحيضة فله ان
ىطاها لتىقن فراغ رحمها بنا على اصله لكنا نقول الشرع اوجب الاستبرا بحيضة والحيضة
لا تتجزى وقد تعذر الحساب من الاستبرا بما مضى منها قبل الشرا فلا تحتسب بجميعها منه كما لو طلق
امراته في حالة الحيض لا تحتسب تلك الحيضة من العدة وان كانت تحتسب بما بقي من الحيضة
بعد الشرا من الاستبرا وتعليله الكاها من حيضة اخرى فاذا اوجب جز من الحيضة الثانية
وجب كلها ولا يجب الاستبرا اذا رجعت الابقة اي الى ان قال ولها نظاير وحاصل ذلك
ان الامة اذا لم تخرج من ملك المولى ولكنها خرجت من يده ثم عادت اليه لا يجب الاستبرا
ومن نظايره ذلك ما اذا كانت امة ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبرا وكذلك
لو باع جارىة على انه بالخيار ثلاثة وسلم الى المشتري ثم انتقض البيع في مدة الخيار لا يلزمه
الاستبرا وكذلك اذا باع المدبر او ام الولد وسلم الى المشتري ثم استردها من المشتري قبل
الوطي لا يلزمه الاستبرا فان استردها بعد ما وطيها المشتري يلزمه الاستبرا وهذا الذي ذكره
في الابقة فيما اذا ابقت ولم تخرج من دار الاسلام واما اذا ابقت ودخلت في دار الحرب
ثم اخرجت الى دار الاسلام بغنيمة او بشرى واخذها المولى قال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا يجب عليه الاستبرا وقال صاحباه يجب كذا في فتاوي قاضي خان رحمه الله ومتى حرم الوطي
حرمت الدواعي لافضايها اليه اي لافضا الدواعي الى الوطي كما اذا ظاهر من امراته حرم
عليه الوطي وحرم عليه دواعيه بخلاف الحيض فان المحرم بسبب الحيض استعمال موضع الاذى
كما عرفت الاشارة اليه بالنص ولا يوجد ذلك في التقبيل والمس كذا في المبسوط ولم يذكر
الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم وهذا من اعجب المسايل حيث يذكر
الحكم في الفرع اكثر مما ىثبت في الاصل حيث لم يحرم الدواعي في المسبية التي ورد نص الاستبرا
فيها ثم تعدى منها الى المشتراة وغيرها يعني اثبت حرمة الوطي ودواعيه وكان فيه اثبات
الحكم في الفرع اكثر مما ىثبت في الاصل ولكن ذكر باعتبار اقتضا الدليل ذلك على ما هو المذكور
في الكتاب وان ارتفع حيضها تركها اي ارتفع حيضها لا بالاياس ولا بالصغر ثم امتد طهرها
واراد الحيض يجب عليه ان يتركها ولا يطاها حتى اذا استبان انها ليست بحامل وقع عليها
اي جامعها لان المقصود تبين فراغ رحمها من ما البايع فتيقن بصحة البيع ووقوع الملك
للمشتري فيها وقد حصل ذلك ما اذا امضى من المدة ما لو كانت حبلى لظهر ذلك وليس في ذلك
تقدير في ظاهر الرواية فيما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان مشايخنا قالوا يستبرى لك
شهرين او ثلاثة وعن زفر رحمه الله سنتان لانه اكثر مدة الحبل وكان ابو مطيع رحمه
الله يقول يستبرها بتسعة اشهر هي مدة الحبل في النسا عادة والاول اصح وهو ان يتركها
مدة ما لو كانت حبلى ظهر لهم ذلك كما في شهرين او ثلاثة لان يصيب المقادير بالراي لا يكون
وليس في ذلك نص كذا في المبسوط ولو كانت اي ولو كانت تحت المشتري حرة فالحيلة
ان يجوزها البايع قبل الشرا ثم يشتريها المشتري ويقبضها او يزوجها المشتري قبل القبض ممن
يوثق به ثم ان يقبضها ثم يطلق الزوج ثم ان التزويج وان كان نقصا حكما ولكن ليس
بعض ممكن من الوطي والقبض الممكن من العلة الوطي جز العلة فلا بد منه ومن الملك فلا

فصل في الاستبراء وغيره

[illegible]

يدان بيع الاستبراء بعدهما وذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله وشرط ان يكون طلاق
الزوج بعد قبض المشتري فان طلقها قبل القبض كان على المشتري ان يستبرئها اذا قبضها والقبض
بحكم العقد يصير كأنه اشتراها في هذه الحالة وهي ليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء
ثم قيل يقوله ممن يوثق به ديانة انه لا يطلقها فلا يجري الاحتيال في اسقاط الاستبراء
الحيلة وذكر في فتاوى قاضيخان واذا اشترى جارية واراد ان يزوجها قبل القبض
انه لو زوجها من عبد او اجنبي ربما انه لا يطلقها الزوج فالحيلة له ان يزوجها على ان يكون
امرها بيده يطلقها متى شاء كما اذا كانت معتدة يعني اذا اشترى امة معتدة ومضت
وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك بالقبض لم يكن
فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك لم يجب بعده لعدم تجدد
السبب بعده لان الحيض عند ستطر عمرها اي بعدها من شطر عمرها وهو عشرة ايام وكل
شهر فكان ثلاثة خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر ومن له امتان اختان قبلهما بشهوة
فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها لانه اذا لم يقبلهما اصلا كان له ان يطأ
وطأ ايهما شاء وكذا كان اشتراهما معا او اشتراهما على التعاقب وان كان قبل واحدة
منهما كان له ان يطأ المقبلة دون الاخرى واما اذا كان قبلهما فالحكم ما ذكرنا وقيل
يعني له شهوة لان تقبيلها اذا لم يكن عن شهوة وصار كأنه لم يقبلها اصلا وفي المبسوط
واذا وطئ الرجل امة ثم اشترى الاخرى كان له ان يطأ الاولى وليس له ان يطأ
الثانية لانه اذا وطئ الثانية يصير جامعا بين الاختين وطأ بملك اليمين وذلك
لا يحل لظاهر قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وكان في هذا الفصل اختلاف بين
عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان عثمان رضي الله عنه يقول احلتهما آية او ما ملكت
ايمانكم وحرمتهما آية قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فيه وكان علي رضي
الله عنه يرجح التحريم لانه ان كان المراد الجمع بينهما وطأ فهو نص خاص وان كان
المراد الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة
الجمع بينهما وطأ فاخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الاباحة
وان لم يكن وطئ الاولى حين اشترى الثانية او اشتراهما معا فله ان يطأ ايتهما شاء
لانه كل واحدة منهما مملوكة له ولو وطئ احداهما لا يصير مرتكبا لما هو المحرم وهي هو الجمع
بينهما وطأ فله ان يطأ ايتهما شاء وان وطئ احداهما لم يكن له ان يطأ الاخرى لانه
لو وطئ الاخرى صار جامعا بينهما وطأ فان وطئها فليس له ان يجامع احداهما الا ان
تصير فراشا للزوج وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم اثر وطء المولى حكما ولهذا
لو جاءت بولد لو طلقها قبل الدخول كان له ان يتزوج الاخرى من ساعته فهاهنا
ايضا له ان يجامع الاخرى غير اني احب ان لا يجامعها حتى تحيض اختها حيضة لقوله عليه
الصلوة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك
الزوج يستحب له ان لا يطأ التي تزوج حتى تحيض حيضة لقوله عليه الصلوة والسلام لا
ينبغي لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر ان يجتمعان على امرأة في طهر واحد فان طلقها
الزوج وانقضت عدتها لم ينبغ للمولى ان يطأ واحدة منهما حتى يزوج احداهما او يبيع لان
حق الزوج سقط عنها بالطلاق ولم يسوغ اثره بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذي كان
قبل التزويج كذا في المبسوط وكذلك الكتابة كالاعتاق في هذا اي انه يحل وطء الاخرى
وفي المبسوط هذا الجواب في الكتابة مشكل لانها بالكتابة لا تخرج من ملك المولى حتى
لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولا يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطء الاخرى
ولكن يقال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها فكان وطؤه اياها
وطأ في غير ملكه حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة فتحمل
زوال ملك الحل عنها بالكتابة كذا واذا تزوجها فيحل له ان يطأ الاخرى وكل امرأتين

الجمع بينهما نكاحا كما ذكرنا فيما اذا كانت احداهما عمة الاخرى او خالتها بمنزلة
الاختين وذكر الطحاوي اي في شرح الآثار نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن عطاء
رحمه الله سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة اول من عانق ابراهيم خليل الرحمن
عليه الصلوة والسلام كان بمكة فاقبل ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له
في هذه البلدة ابراهيم فقال ذو القرنين ما ينبغي ان اركب في بلدة فيها خليل الرحمن
فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم عليه الصلوة والسلام واعتنقه
فكان هو اول من عانق وذكر الشيخ الامام ابو منصور رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه
من المعانقة ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائز وكان شمس الائمة
السرخسي رحمه الله واية لبعض المتاخرين رخصوا في تقبيل يد العالم او المتورع على سبيل
التبرك فان ابا بكر رضي الله عنه حين دخل على النبي عليه الصلوة والسلام بعد ما قبض
سئل ابن عيينة عن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص قال
الصدر الشهيد رحمه الله وهو المختار واما ما لا يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء
حرام لا اشكال فيه والفاعل والراضي به آثم لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر
الشهيد رحمه الله انه لا يكفر بهذا السجود لو سجد يريد التحية دون العبادة وذكر شمس
الائمة السرخسي رحمه الله في باب ما يحظر على بال المكره غير ما ذكره عليه مسألة وقال
المسألة تدل على ان السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر الفقيه ابو الليث
رحمه الله في القبلة على خمسة اوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده وقبلة النبي عليه
الصلوة والسلام للحسن رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة المؤمنين بعضهم بعضا
وقبلة الشفقة كقبلة الولد والديه وقبلة المودة كقبلة الرجل اخاه او اخته على الجبهة
وقبلة الشهوة كقبلة الرجل زوجته والامة وزاد بعضهم وقبلة الديانة وهو قبلة
الحجر الاسود واما القيام تعظيما للغير فقد جاء في الحديث عن ابي امامة رضي الله عنه
ان النبي عليه الصلوة والسلام خرج متوكئا على عصاه فقمنا له فقال عليه الصلاة
والسلام لا تقوموا كما يقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن انس رضي الله عنه ان النبي
عليه الصلوة والسلام كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابي القاسم رحمه الله انه كان
اذا دخل عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له
في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم يتضررون والفقراء
وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والتكلم معهم في العلم
فلا يتضررون بترك القيام كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله والله اعلم

فصل في البيع

اخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والوطء لان اثر تلك الافعال متصلة ببدن الانسان
وهذا كان منفصلا ايضا لا احق بالتقديم العدل رجل الادمي على اي وصف كان بعد ان كان
عاقلا مميزا سواء كان حرا او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امرأة لما رأى من فصل الاكل
والشرب وفيما له ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول
على شرط العدالة دفعا للحرج وهذا يعتمد على قول الدلال والمشتري منه عادة من غير
رجوع الى صاحب المال وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء يتعرض لان
اكبر الراي يقام مقام اليقين وقال محمد رحمه الله في الاصل واكبر الراي يجوز في العمل
بما هو اكثر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخل عليه انسان واخبر
انها امرأته وسعه ان يعتمد على ذلك اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رايه انه صادق يغشاها
وكذلك لو دخل على غيره ليلا وهو شاهر سيفه بادرته ليشد عليه فان صاحب المنزل
علم بانه فان كان اكبر رايه قصد قتله واخذ ماله وخاف انه ان صاح به بادره بالضرب
فلا بأس ان يشد عليه بالسيف ويتعدى عليه قبل ان يشعر هو به وان كان اكبر رايه

انه هارب من اللصوص لا يسع له ان يعجل بقتله وان قتله وفي رواية انه لص يشم
تبين انه رجل صالح لا يعاقب ان يضمن وفي الاستحسان عليه الدية وفي مسالة كتاب
الاكراه فيعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها باكبر الراي
عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى ولما كان
ذلك اذا كان اكبر رايه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض لشي من ذلك لان اكبر الراي فيما
لا يوقف عليه كاليقين والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام لوابصة بن معبد
رضي الله عنه ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فما حاك في صدرك فدعه وان
افتاك الناس به وقال عليه الصلوة والسلام الاثم حزاز القلوب اي على المراد
ما حز في قلبه تحرزا عن الاثم الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب
له ان يتنزه ولا يتعرض لشي وذلك لدفع تركها في يد فقير او كما يراه في يد جاهل
لم يكن في اباء من مواهل له الذي يسبق الى قلب كل انسان انه سارق لذلك العين
كذا في المبسوط والجامع الصغير للامام المحبوبي فان كان الذي اتاه بها اي بالجارية
لان هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية انها لفلان فراى اخر يبيعها اي الى العبد
او الامة بالجارية فقال العبد او الامة لغيري اي وهبتها مني او بعتها منك فلا باس للاخر
ان يقبلها منه وان يشتريها حتى يسع له غير ذلك لان منافي الملك وهو الرق معلوم
منه فما لم يعلم دليلا مطلقا للتصرف فخرج من راه في يده لا يحل له الشراء منه لانه عالم
انه لغيره وبيد المملوك ليس يطلق التصرف فيقبل الاذن من المولى لان المملوك لا يملك
له فيعلم ان الملك فيه لغيره واذا لم يكن له ان يشتريها لقيام الحاجر بالراي المهمله اي المانع
يعني ان الحاجر عن التصرف مانع ظاهر ما لم يترجح جانب الصدق بنوع دليل لا يتهم
به وكذا الغلام الذي لم يبلغ حرا كان او مملوكا فيما يخبر انه اذن له في بيعه او انه
بلا ان بعث معه اليه هدية او صدقه به فان كان اكبر رايه انه صادق وسعه ان يصدقه
للعادة الظاهرة في بعث الهدايا مع ايدي المماليك والصبيان وفي الرجوع على
الظاهر حرج بين وان كان اكبر رايه انه كاذب لم ينبغ له ان يقبل منه شيئا لان
اكبر الراي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين وكان شيخنا الامام يعني شمس الائمة
الحلواني رحمه الله يقول الصبي اذا اتى بقالا يطلب شيئا منه واخبره ان امه امرته
بذلك فان كان طلب الصابون ونحوه فلا باس ببيعه منه لان الظاهر انه كاذب
فيما يقول له وقد عثر على فلوس امه ويريد ان يشتري بها حاجة نفسه كذا في المبسوط
ولو ان امراة اخبرها ثقة الى قوله فلا باس ان تعتد وتتزوج وهذا في الاخبار واما
في الشهادة فيصح وان كان الشاهدين حيث لا يقضي القاضي بالفرقة لانه قضاء
على الغايب وذكر في الفصل الرابع من فصول الامام الاسروشني رحمه الله اذا شهد
على الطلاق والزوج غايب لا يقبل لعدم الشهادة عند القاضي اما اذا قالا للمراة
الغايب ان زوجك طلقك او اخبرها بذلك واحد عدل فاذا انقضت عدتها حل لها
ان تتزوج بزوج اخر وذكر في القسمة واذا شهد اثنان ان فلان بن فلان طلق امراته
والزوج غايب لا يقبل وان شهدا عند المراة حل لها ان تعتد وتتزوج اخر وكذا
اذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها انه صادق لان القاطع طاري ولا
منازع وهذا العقدان يفيدان انه لو كان المفسد مقارنا لا يقبل خبر مخبر حتى تشهد
به لك عدلان على ما يجي في تعليل مسالة ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا
الى ان قال لانه اخبر بفساد مقارن وكذلك ايضا في تلك المسالة لما اقدم على العقد
كان دليلا على ما اخبر المخبر بفساد اصل العقد فيكون منازعا للمخبر في خبر فلا يقبل حتى
يشهد شاهدان بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه
اي بعد النكاح حيث يقبل قول الواحد فيه لان القطع طاري فلم يثبت المنازعة في الاقدام

الاول

الاول يقبل خبر الواحد **فان قلت** لو قبل خبر الواحد من هذا الوجه في افساد النكاح
بعد الصحة ووجه اخر وهنه بعضهم انه لا يقبل خبر الواحد وهو ان الملك الثابت للغير فيها
لا يبطل بخبر الواحد كما لو اشترى لحما ثم اخبر بخبر انه ذبيحة مجوسي حيث لا يبطل بهذا الخبر
ملك المشتري فلا يرجع بالثمن على البايع لان ملك الغير لم يبطل بخبر الواحد **قلت** لعدم
ذلك الا ان قيام الملك للغير في الحال ليس بدليل يوجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد
اقوى من استصحاب الحال واما الاخبار بانه ذبيحة مجوسي ليس خبر بالمفسد الطاري بل
بوجود المفسد للبيع من الاصل والاقدام على الشرا مما دعته منه لصحة البيع فلا يقبل خبر المخبر
بدون شهادة شاهدين وكذلك فيما تقدم صحة النكاح يثبت في الاسداد فلا يقبل بموجب
لا هو العقد الذي عاينه فلا يبطل ذلك بخبر الواحد ومن القاطع الطاري ايضا ما
لو قالت المراة انه طلقني بعد النكاح او ارتد عن الاسلام والعياذ بالله وسعه ان يعتمد
خبرها ويتزوجها لانها اخبرت عليها له بسبب محتمل واما اذا اخبرت بعد النكاح انه كان
مرتدا حين تزوجني او اني كنت اخته من الرضاعة لا يعتمد خبرها لانه خلاف المعلوم واذا
اخبرت بالحرمة بسبب عارض بعد النكاح من رضاع او غير ذلك وثبتت على ذلك فان
كانت ثقة مامونة او غير ثقة الا ان اكبر رايه انها صادقة فلا باس بان يتزوجها لما ذكرنا
ان الملك الثابت للغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال الى اخر ما ذكرنا
الى هذا اشار في استحسان المبسوط بخلاف ما تقدم ارادته بقوله لو قال لك جاريتي كنت
امة لفلان فاعتقني او قالت امراة لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس بان
يتزوجها لان القاطع طاري فانه يمكن لصاحب الدين ان ياخذ منه وعن محمد رحمه الله
قال هذا اذا كان القضا والاقتضا بالتراضي فان كان بقضاء القاضي فقضى عليه بهذا
الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر فطيب له ذلك بقضائه به وانما حرم عند الاقتضا
بالتراضي لقوله عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم شربها حرم اكل ثمنها وقال
عليه الصلوة والسلام لعن الله في الخمر عشرة وذكر من العشرة اكل ثمنها وهذا لان
العقد على الخمر غير منعقد في حق المسلمين والثمن المقبوض مستحق الرد على البايع شرعا
فكان كالمغصوب في يده ومن قضى دينه من الدراهم المغصوبة لا يحل للقاضي ان يقبضه
اذا علم به بعد ان كان ثمن الخمر حرام اكله فلذلك كسب المغنية قال بعض مشايخنا
كسب المغنية كالمغصوب لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع
الباذق او الظلم او اخذ الرشوة الى تورع الورثة عن ذلك فهو اولى ولم يردون على
اربابها ان عرفوهم وان لم يعرفوهم يتصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق
اذا تعذر الرد كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير ويكره الاحتكار
الى اخره اعلم ان الكلام في الاحتكار في ست مواضع الاول في تفسيره لغة وهو افتعال
من حكر الشي اي حبسه فاحتكار الطعام حبسه تربصا للغلاء والثاني في بيان
محل الاحتكار الحرام وهو الحنطة والتبن وما هو من اقوات الادميين والدواب
والثالث في كيفية الاحتكار فيما يشتريه الرجل من سواد المسلمين اي من مدينتهم ويحبسه
عنهم وهو حرام لانه ما احتبس عنه فاشتراط تعلق حق العامة فاذا اراد واحد ان
يحتكر به فقد قصد ابطال حق العامة فيمنع منه واما اذا جلبه من ارض فلا
باس به والرابع بيان المدة وقد قالوا اذا تحقق الاحتكار ثم قلت مدة الامتناع
من البيع او كثرت فان الاثم للاضرار وقد وجد ولا يعذر ما لم يطل المدة لان التعزير
عند ظهور الجناية وذلك بعد المدة الكثيرة واختلفوا في تلك المدة على ما هو المذكور
والخامس انه يومر بالبيع ولا يجوز التسعير على ما يجي والسادس في بيان التعزير به
المتعلقة به فقد قال مشايخنا رحمهم الله ان القاضي اذا رفع اليه هذا الامر يامر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله ونهاه عن الاحتكار الى اخره كذا ذكره فخر الاسلام

والمحبوبي رحمهما الله وان اللبس فهو مكروه وفي الوجهين اي الاصرار وعدم الاصرار وزن
الله تعالى منه اي حذر له ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس ولكن السلطان
كانوا يريدون المصلحة للمسلمين حتى حكي عن ابي حفص الكبير رحمه الله ان يسعر الطعام وقد
الطعام علا بنجارا في عهده وكان ابو حفص رحمه الله يدفع الدراهم الى امنا به ليقوموا
على الطريق خارج البلد بمن الرستاق فاذا جاؤا بالطعام يقولون له نحن نريد ان نبيع طعاما
وكان يقول يسعر الخولق خمسون درهما لكل قفيز من الحنطة نحن نقول هنا عشرة دراهم ربع
طعاما يكم من الخولق باربعين درهما فيفعلوا ذلك حتى وقع الخبز في المصران وقد رخص
وفي الحنطة اربعين فيفعلوا طعاما كثيرا واجتمع الطعام الكثير بالخولق فرخص الطعام
بحسن نيته كذا ذكره الامام المحبوبي ويعدون عن القيمة بعدا فاحشا بان يسعروا
قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين فاما المعازب
فليس به باس وكذا عندهما لا يحجر على قوم مجهولين ولا يصح كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه
الله ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يكره وعلى
هذا الخلاف اذا استاجر مسلم دابة او سفينة لينقل عليها خمرا او استاجر لرعي
له خنازير وذكر شيخ الاسلام رحمه الله يجب ان يكون على الاختلاف ايضا وليس
الشرب من ضرورات الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل ولا الحمل من ضرورات الشرب
لان الحمل قد يوجد للاراقة او للصب في الخل فيتخلل ولم يكن المعصية من لوازم الحمل بل
المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم يوجب كراهة الحمل فصار كما لو استاجره لعصر
العنب او لقطعه وهذا قياس وقولهما استحسان وقال محمد رحمه الله في الاصل لو اجر
المسلم دارا من ذمي ليسكنها فان شرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب لم يلحق المسلم
اثم في شيء من ذلك لان المعصية في فعل المستاجر دون قصد رب الدار فلا اثم عليه
وذكر الامام السرخسي رحمه الله في باب الاجارة الفاسدة وهو كمن باع جارية ممن لا يستبرئها
او يأتيها في غير المأتى لم يلحق البائع اثم شيء من فعل المشتري وكذا في كمن باع غلاما
من فاسق يقصد الفاحشة ولو كان مستاجر الدار مسلما فظهر منه فسق في الدار
وكان يجمع الناس على الشرب فينهاه رب الدار على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض
على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لصاحب الدار ان يخرجه منها مسلما
كان او ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة
وهذا ليس من ذلك اذ لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع بما ظهر منه لا يشتغل له
الى ذلك فلذلك الاجارة كذا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله والمحبوبي ومن وضع
درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك ومعنى المسألة ان رجلا دفعه
له درهم يخاف ان لو كان في يده يهلك او يصرف الى الحاجة الى البقال ليأخذ منه البقالة
اسير من غيرها كان يشترى التوابل والخبز والملح وليس له فلوس حتى يشتري
بها ما يستحب له من الحاجة كل ساعة ويعطي الدرهم للبقال ياخذ منه ما يحتاج
اليه مما ذكرنا فيحاسبه جزءا فجزءا حتى يستوفي ما يقابله من الدراهم وهذا الفعل
مكروه لان حاصل هذا الفعل الى ان يكون هو قرضا فيه جر نفع وهو مكروه وانما
قلنا ذلك لانه لما وضع الدرهم عنده لهذا المقصود كان هو مقرضا اياه درهما لوجود
تمليك الدرهم والعوام يقابله في الحال مع شرط انه ياخذ منه ما شاء حالا بحال الى
الزمان الثاني وهو عين القرض وكان الغرض فيه نفع فيكره ولكن الحيلة
لو اراد ذلك ان يستودع البقال درهما ثم ياخذ منه ما شاء فاذا ضاع فهو وديعة
ولا شيء عليه فانه اذا اودعه فليس بقرض ثم لما اخذ المودع من البقال شيئا شيئا
ملكه ما اعطاه جزءا جزءا بمقابلة ما ياخذ فيحصل له المقصود من غير كراهة الى هذا
اشار في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

مسائل

مسائل متفرقة

تشير المصاحف حمل الغواشي فيها في ليالي رمضان لابد للعجم من دلالة فان مشايخنا
رحمهم الله لم يروا به باسا لان العجم لا يمكنهم التعلم التلاوة الا بالنقط وعلى هذا تسمية
اسامي السور وعدد الآي فهو وان كان احداثا فبدعة حسنة وكم من شيء يختلف باختلاف ف
الزمان والمكان كذا ذكره الامام المرغيناني رحمه الله وقد ذكرناه من قبل اي في فصل
القراءة من الصلاة وفي اوائل فصل الاكل والشرب من الكراهية ولو مسئلة محرمة
ولا باس بثقب اذن الطفل من البنات ذكره في الخلاصة ولا باس باخصاء البهائم
والدواب يخصى البهائم وقد ذكرنا غيره ولا باس بعيادة المريض اليهودي والنصراني
لانهما من اهل ذمة وفي عيادة المجوسي اختلاف على ما يذكر عاد يهوديا مرض بجوار وقال
قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى ابيه اليهودي فقال له ابوه اشهد
ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ثم مات فقال عليه الصلوة والسلام الذي
انقذني بي من النار ولانا ندبنا الى ان نؤلفهم وندعوهم الى الاسلام باحسن الطرق
وعيادته من ذلك واما عيادة المجوسي فمنهم من قال لا باس به لما قلنا وقال بعضهم
يكره ذلك لان المجوسي ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ولهذا لا يحل ذبيحة
المجوس ونكاحهم واختلفوا في عيادة الفاسق ايضا والاصح انه لا باس به لانه مسلم
والعيادة من حقوق المسلمين وفي النوادر جار يهودي او مجوسي مات ابن له او قريب
ينبغي ان يعزيه ويقول اخلف الله عليك خيرا منه واصلحك معناه اصلحك الله بالاسلام
يعني رزقك الله الاسلام ورزقك ولدا مسلما ولا ريب في كراهة الثانية لانه من
القعود والله لا يوصف بالقعود والمعروف هاهنا العبادة الاولى وهي مكروهة ايضا
لانه يوهم تعلق العرش والعرش حادث فما يتعلق به يكون حادثا ايضا والله تعالى
يتعالى ان يتعلق عزه بشيء لانه ما تقرر عن النبي عليه الصلوة والسلام لانه روي
عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اثنا عشر ركعة من صلاها
في ليل او نهار ويقرا في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورة ويتشهد في كل ركعتين ويسلم
ثم يسجد بعد التشهد من الركعتين الاخيرتين قبل السلام ويقرأ فاتحة الكتاب سبع
مرات وآية الكرسي سبع مرات ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله
الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير عشر مرات ثم يقول اللهم اني اسألك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك
التامة ان تقضي حاجتي فان الله عز وجل يقضي حاجته ثم قال النبي عليه الصلوة
والسلام لا تعلموها السفهاء فانها دعوة مستجابة والاحوط جواب الكتاب هذا كله
من الجامع الصغير لقاضي خان والمرغيناني والمحبوبي رحمهم الله ومن كان في يده
لقيط لا اب له فانه يجوز له قبض الهبة اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا
الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج يعولها ولها اب فوهب لها
انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الولاية
ومن وجه المعول في الفقه ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم
وكذا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله في القنية اصل ما للملتقط لا التجارة ونوع اخر مما
كان من ضرورات حال الصغار شرى ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار وذلك
جائز الى ان قال وللملتقط **فان قلت** هذه الرواية مناقضة لرواية تعذرها
بخطوط تعول له ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره حيث لم يجز هناك اجارة الملتقط اللقيط
واجاز هنا وهو ظاهر التناقض فما وجهه **قلت** له وجوه احدها ان كل
واحد من هاتين الروايتين محمولة على حالة فجواز اجارة الملتقط محمول على ما اذا
كانت الصغار يد لمثل ووقوعه في النوع الذي فيه بقدر المزدوجة وعدم جوازها

محمول على ما اذا لم يكن فيه ضرورة دفعا للتناقض والثالثة ان في كل واحد منهما
~~محمول على ما اذا لم يكن فيه ضرورة~~ روايتين لانه ذكر في كل واحد من الملتقط والامام
رواية جواز الاجارة لانه ذكر الامام المحبوبي رحمه الله في الجامع الصغير والامام اذا
اجرته يجوز اذا كان في حجرها وكذا في الملتقط المحرم منه وفي القدوري للملتقط
ان يسلمه في صناعة ويؤاجره والثالث ان معنى واجارة الصغار تسليمهم في الصنائع
حتى يكون من جنس ما لا بد منه للصغار لما لم يتهيأ التوفيق للروايتين لفقهه
عن والعظ الحساب بقوله واجارة الاظار والاول اصح لانه يوافق رواية الجامع
الصغير للامام المحبوب وفي لفظ فخر الاسلام البزدوي رحمه الله بمر وجه لدفع التناقض
لما ذكرنا ولا يجوز للملتقط ذلك بعين وان كان في حجره ولو اجر الصبي بنفسه لا يجوز
الا لم يلتدم وبكره ان يجعل في عنق عبده الروابة ويروى الداية واته الغلام على
ان يجعل في عنقه علامة يعلم به انه ابق واما الراية بالراء فغلط كذا في المغرب
مثل كالاحاقة بالبنادقا لو هذا كان في زمانهم عند ملة الاباق اما في زماننا
لا باس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله
ولا باس بالحقنة يريد به التداوي فنذ به لانه لو اراد بها لا يباح وقد ورد في
التداوي الحديث وهو ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال تداووا
عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وخلق له دواء الا السام والهرم والامر
بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعد على الله تعالى
دون الاسباب قال الله تعالى لمريم رضي الله عنها وهزي اليك بجذع النخلة
والله عز وجل قادر على ان يرزقها من غير هز كذا ذكر فخر الاسلام والمحبوبي
رحمهم الله الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر وفي التهذيب يجوز للعليل شرب
البول والدم والميتة للتداوي اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاه فيه
ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب يتعجل شفاؤك به
فيه وجهان وهذا يجوز شرب العليل من الخمر للتداوي فيه وجهان كذا ذكره
التمرتاشي وذكر في الذخيرة وما قاله الصدر الشهيد رحمه الله الاستشفا بالحرام
حرام فهو غير مجرى على اطلاقه وان الاستشفا بالمحرم انما لا يجوز اذا لم يعلم ان
فيه الشفا اما اذا علم ان فيه الشفا وليس فيه دواء اخر غيره يجوز الاستشفا
به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم
يحتمل ان يكون عبد الله قال ذلك في دواء عرف له دواء غير المحرم لانه حينئذ
يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال ينكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون
الشفا بالحرام وانما يكون بالحلال لبعث عتاب ابن اسيد رضي الله عنه الى
مكة وفرض له اي قرض اربعين اوقية في السنة والاوقية بالتشديد اربعون
درهما وتكلموا انه عليه الصلوة والسلام من اي مال رزقه ولم يكن فيه
الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل
انما رزقه من الفيء مما افاء الله وقيل من المال الذي اخذ من نصارى نجران
ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر وعن ابي بكر رضي الله عنه انه كان
ياخذ يوما درهما وثلثي درهم وعن عمر رضي الله عنه انه كان ياخذ كفايته وعن
الصدر الشهيد وان استغنى فتنزه كان افضل قال الله تعالى ومن كان
غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف والاية وان كان نزلها في وصي
اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم فيثبت ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة
ويروى عن عثمان رضي الله عنه انه احتسب ولم ياخذ هذا كله فيما اذا كان ما
في بيت المال حلالا جمع بحق واما اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لانه سبيل الحرام

والغصب

والغصب رده على اهله ولبيت المال على عامة المسلمين وهذا فيما يكون كفاية لعين
اذا اخذ القاضي رزقه على وجه الكفاية بان تقلد القضاء ابتداء من غير شرط شيء
زيادة المؤال لكفايته لاحتباسه بالقضاء عن الكسب اما اذا اخذ على وجه الشرط بان
قال في ابتداء تقلد القضاء انما اقبل القضاء ان رزقني الموال كذا كذا في كل شهر او في
كل سنة فيما مقابلة قضاي بين المسلمين والا لا اقبل فهو باطل لانه استيجار على
الطاعة ولا يجوز ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف
معروف في نفقة المراة يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصته ما بقي من السنة
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يجب وقاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة
السنة ثمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد هذا كله من الجامع
الصغير لشمس الايمة وفخر الاسلام رحمهما الله وغيرهما ولا باس بان يسافر الامة وام
الولد بغير محرم الى اخره ذكر في التتمة كانت هذه الاباحة في الابتداء اما الان فمكروه لما
اننا واحاله الى اخر كراهية شيخ الاسلام رحمه الله والله اعلم بالصواب واليه المرجع

٥ كتاب احياء الموات ٥

ذكر احياء الموات بعد الكراهية اما لان في احياء الموات مسايل ما يكره وما لا يكره لمسايل
الكراهية واما لان الاحياء هاهنا هو الاحياء صورة لا حقيقة لان المراد منه هو التسبب
للحياة النامية ولذلك المراد من الكراهية ما هو قريب من الحرمة صورة لا حقيقة
للحرمة في الكراهية الكاملة لحقيقة ثم محاسن احياء الموات ظاهرة لان ما فيه حسنا
امثلنا الا اقتضا الحكمة كما في صنع وهو اماته الحي فان فيها محا اصلنا الا عند اقتضا
الحكمة كما في صنع فالاعتبار للامر الاصل ولان في احياء الموات اثبات ارض مقاصد
واثبات طوارق زايد واصلاح ما افسده الدهان بمرور الايام والسبب للحصب في
نوائب الايام وعمارة الارض الغامرة وتحسين تلبيس ما حسن من الاماكن الواعرة
واطها روصف من اوصاف الجنان بحيث تلتذ به اعين الغلمان والفتيان من اجرا
الانهار تحت الاشجار النخيل والرمان متكئين على فرش بطاينها من استبرق وجنى
الجنتين دان فنعيم العاجلة انموذج الاجلة ولا ينكر حسن صفة الجنان وكذا حسن
ما اسنه لحاسن الحران قال ابو نصر رحمه الله المراد من الحياة هاهنا الحياة النامية
قال الله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها فانما يسمى موتا لبطلان الانتفاع بها
لشبهها بالحيوان اذا مات ويبطل الانتفاع به ثم اسباب عدم الانتفاع بالاراضي انواع
على ما هو المذكور في الكتاب وقوله وهو ما اشتبه ذلك بان صارت سبخة او غلب الماء
عليها او كان مملوكا في دار الاسلام هذا الذي ذكر في قول بعض المشايخ وقد
ذكر في الذخيرة والاراضي المملوكة اذا انقرض اهلها وهي كاللقطة وقيد
كالموات اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته والفاصل بين
القريب والبعيد يروى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى قال يقوم رجل جوهري
الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال وينادي باعلا صوته فالى الموضع الذي
لا يسمع صوته منه يكون بعيدا وعن ابي يوسف رحمه الله في رواية احب ان البعيد
قدر غلوة ومعنى العادي ما قدم خرابه لا ان يكون منسوبا الى عاد كما هو مقتضاه
ذكر في المبسوط وعن طاوس قال قال رسول الله عليه الصلوة والسلام ان
عادي الارض لله وللرسول فمن احيا ارضا ميتة فهي له والمراد منه الموات من
الارض سماها عاديا على معنى انها خربت على عهد عاد وفي العاديات الظاهرة
ما يوصف بطول معنى الزمان بنسبة الى عاد فمعناه ما تقدم خرابه بما يعلم انه
لا حق لاحد فيه وقوله واذا لم تعرف مالكه من تتمة قول محمد رحمه الله يعني اذا لم يعرف

ما لكه فيكون لجماعة المسلمين كمن مات وترك مالا ولا وارث له فلا يكون لواحد
تملكه على التخصيص فمدار الحكم عليه اي على القريب الذي يؤدي لنيل الارتفاق والحاصل
ان عند ابي يوسف رحمه الله مدار الحكم على القريب والبعيد وعند محمد رحمه الله على
وجود حقيقة الارتفاق وعدمها ومن احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه
لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه وكان شيخي رحمه الله في هذه المسألة
والمشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذن الشرع فنصب الشرع كقوله
عليه الصلوة والسلام من قاء او رعف في صلاته فلينصرف والاذن بالشرع كقوله
عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولانه له ان ياذن للغازي
بهذا القول فكذلك في موضعنا هذا ثم من قتل قتيلا لم يكن له السلب الا ان ياذن له
الامام فكذلك قوله عليه الصلوة والسلام من احيا ارضا ميتة فهي له من قبيل
الاذن بالشرع عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما من قبيل نصب الشرع فلما كانت
هذا الحديث محتملا لهذين المعنيين لم يصلح معارضا لقوله عليه الصلوة والسلام
ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه لان ذلك لا يحتمل الا وجها واحدا فترجح ما قاله
كما في سائر المغانم اي المغانم التي تغدو ولو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل
الثاني احق بها الى ان قال والاصح ان الاول ينزعها والاصل هذا ان من احيا ارضا
ميتة قال بعض المشايخ يثبت ملك الاستغلال دون ملك الرقبة وبه اي الفقيه
ابو القاسم البلخي وعامة المشايخ يقولون يملك رقبتها كذا في الذخيرة لانه ملكها
بالاحيا على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وهو قوله عليه الصلوة
والسلام من احيا ارضا ميتة فهي له **فاصل** وقد يضاف الى المسلم لغير ملك
كما روي انه عليه الصلوة والسلام مر بحايط فقال لمن هذا قال رافع بن خديج لي يا رسول
الله استاجرته قلت الاصل هو الملك في الاضافة وغيره عارض فلا يعارض
الاصل بالعارض ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحيا بجوانبها الاربعة على التعاقب
يعني ان رجلا اذا احيا ارضا مواتا ثم جاء اخر واحيا الى جانبها ارضا والاول
ساكت حتى احاطوا بجوانبها الاربعة كيف يكون الطريق الى صاحب الارض الاول
قال احد ارض احياها صاحبها ثم له طريق الى ارضه لانه حين سكت عن
الاول والثاني والثالث صار الرابع في طريقه له فاذا احيا الرابع فقد احيا طريقه
من حيث المعنى فيكون له فيه طريق كذا في الذخيرة حتى الاستيلا على اهلها اي كان
المسلم غلب على مال الكافر بالاستيلا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فلذلك الكافر
اذا غلب على مال الكافر بالاستيلا فالتحجير للاعلام وصورة التحجير ان مر الرجل بموضع
من الموات وقصد احيا ذلك الموضع ولم يمكنه الاحيا للحال لانعدام الات الاحيا
للحال فعلم هناك بعلامة فيضع حول ذلك الموضع الاحجار او يحصد ما فيها من
الحشيش والشوك ويجعل حولها او يغرس حولها اغصانا يابسة وكذلك اذا نقى
الارض من الحشيش او احرق ما فيها من الشوك فهذا تحجير وليس باحيا كذا في الذخيرة
وذكر في المبسوط واشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع فان من اعلم من موضع من الموات
علامة فكانه منع الغير من احيا ذلك الموضع فسمي فعله تحجيرا ويعلمونه بحجر او غيره اي
ويعلمون الموات لشي اخر سوى الاحجار ثم عزيمه بعد ثلث سنين حتى ولا يصح للمحجر
من احجر ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام من حفر من بير مقدار ذراع فهو
محجر كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله ان الاحيا ان يجعلها
صالحة للزراعة بان كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا كذا في الذخيرة حصايد
الزرع جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود ومطرحا لحصايدهم اي موضع
القا الزرع المحصود المكدوس وغيره والعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء

الارض اي اعلم علما في حدودها
فيجوزها وغيرها كذا في المغرب وفي
المحيز هو حجر البير ورد في الحجر
صح

فقال يشط الدلو بالناضح وهو السانية وانما قدر حريم بئر العطن باربعين ذراعا
وحريم بئر الناضح بستين ليفرق بين ما يستقى منه باليد في العطن وبين ما يستقى منه
بالناضح وهو البعير كذا في المغرب ثم قيل الاربعون من كل جانب اي من كل
الجوانب الاربعة بان يكون من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر لفظ الحديث ما رواه
الحسن ان رسول الله عليه الصلوة والسلام قال من حفر بيرا فله مما حولها اربعون
ذراعا عطنا لماشيته جميع الجوانب الاربع والاصح ان المراد اربعون ذراعا من
كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البير الاول لكيلا يحفر احد في حريمه
بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره وهذا الضرر لا يندفع بعشر اذرع من كل جانب فان
الاراضي تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب
يتيقن فدفع هذا الضرر كذا في المبسوط وله ما رويناه من غير فصل اي بين بير العطن
وبين الناضح وهو قوله عليه الصلوة والسلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون
ذراعا عطنا لماشيته **فان قيل** لم يفرق في ذلك الحديث من غير فصل بين العطن
والناضح **قلنا** ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الابار
والفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكر جميع الانتفاعات كما في قوله تعالى
وذروا البيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذا في قوله ان الذين ياكلون
اموال اليتامى ظلما الاية والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امره الاكل
فاخرجه على ما عليه الغالب والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى من الخاص
المختلف في قبوله والعمل به وهذا قوله عليه الصلوة والسلام ما اخرجت الارض
ففيه العشر على قوله عليه الصلوة والسلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة
وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة وقوله تركناه اي تركنا القياس حفظناه اي حفظنا
القياس لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع
والذراع هي المكسرة فالذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت
بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة وهو بعض الاكاسرة وكانت ذراعه
سبع قبضات كذا في المغرب وذكر في الحصائل ذراع الملك اطول الذراعين وهي
سبع قبضات كل قبضة اربع اصابع وذراع العامة اربع وعشرون اصبعا وذراع
الملك ثمان وعشرون اصبعا وقد بينا من قبل ان بينا الوجه في ان الخمسمائة تعتبر
من كل جانب لانه لم يذكر بيان الذراع المكسرة فيما تقدم للاول ان يصلحه بالمعنى
يكون العطف عطف تفسير كقولك اعجبني زيد وكرمه اي اعجبني كرم زيد ولو
اراد احد الثاني منه اي لو اراد صاحب البير الاول ان يواخذ الحافر الثاني
بسبب حفره في حريم الاول باي شي يواخذه قيل بكبسه وقيل لا بل يضمنه النقصان
ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره ان يضمنه النقصان ويبني الجدار بنفسه
وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم ما قبل الحفر ويقوم ما بعد الحفر
فيضمن نقصان ما بينهما فيجعل الحفر تحجيرا وهو اسبل منه فصار الحفر التام بغير
اذن الامام بمنزلة من حفر بيرا اخر ذراع باذنه وعنه يكون ذلك تحجيرا ولم يثبت
له الملك بذلك العذر فكذلك الحفر التام بدون اذن الامام لان في الحفر التام
وان وجد العلة لكن الشرط وهو اذن الامام لم يوجد فلم تعمل العلة عملها ولا
يثبت الملك فبقي تحجيرا وبالتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق وان كان لا يملك
بدونه اي بدون الاذن وما عطب في الثانية ففيه الضمان اي يضمن الحافر
الثاني لا الاول كذا في فتاوى قاضيخان رحمه الله لانه غير متعد في حفرها كالتاجر
اذا كان له حانوت واتخذ اخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول
بذلك لم يكن له ان يخاصم الثاني وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول

وفي المبسوط استحقاق الحريم من كل جانب في الموات من الاراضي فيما لا حق لاحد فيه فاما
فيما هو حق الغير فلا حتى لو حفر انسان بئرا في الحد الاخر وحفر بئرا على منتهى حد حريمه فانه
لا يستحق الحريم من الجانب الذي هو حريم صاحب البئر الاول وانما يستحق من الجوانب الاخر فيما
لا حق لاحد فيه لان في ذلك الجانب الاول قد سبق اليه وثبت استحقاقه كما قال عليه
الصلوة والسلام منى مناخ من سبق فلا يكون لاحد ان يبطل حقه ولا يشاركه فيه والقناة
مجرى الماء تحت الارض يعني كاريز وهو معرب كهريز والاذرع به ورد الحديث فان رجلا غرس
شجرة في ارض فلاة فجاء اخر فاراد ان يغرس شجرة فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي عليه
الصلوة والسلام فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع واطلق الاخر فيما
وراء ذلك وهذا حديث حسن مشهور كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله ومن كان له نهر
في ارض غيره وفي شرح الطحاوي ولو ان نهر الرجل وارضا على شط النهر لاخر فتنازعا
فان كان بين النهر وبين الارض حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالاجماع ولو لم
يكن بينهما حائل قال ابو حنيفة رضي الله عنه لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق
حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها اي هدمها فان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة لصاحب النهر وفي كشف الغوامض ان الاختلاف
في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار يحتاج الى كريها في كل وقت
فلها حريم بالاتفاق فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وهذا لان استحقاق الحريم لاجل الحاجة
وصاحب النهر يحتاج الى ذلك كصاحب البئر والعين ومتى كان المعنى من المنصوص عليه
معقولا يتعدى الحكم بذلك المعنى الى الفروع وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وهذا
قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر اي الاستحقاق بالعمل
وهو الحفر ولا عمارة في غير موضع الحفر فلا يستحق والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر
اي الحاجة الى الحريم في البئر فوق الحاجة الى الحريم في حق النهر
لان الحاجة الى الحريم في البئر متحققة في الحال وهنا الحاجة موهومة باعتبار الكري وقد
لا يحتاج الى ذلك … الانتفاع بالماء ثمة بدون الحريم وههنا يمكن الا انه يلحقه
في ذلك بعض الحرج في نقل الطين والقائه في وسط النهر فاذا لم يكن هذا في معنى المنصوص عليه
… فالقياس … لا يستحق لذلك حريما وان كان محتاجا
الى ذلك بالقاء الكناسة فيه وهذا لان استحقاق الحريم لا يكون بدون العمل …
… بالرأي لا يكون كذا في المبسوط ووجه البناء على ما … ان صاحب
النهر الذي حفر نهرا في ارض موات استحق حريم النهر عندهما كان الظاهر شاهدا له عند
المنازعة وهو معنى قوله انه باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اي بسبب استحقاق الحريم
باتخاذ النهر تثبت اليد على الحريم عندهما كما تثبت يده على النهر بالحفر عند المنازعة القول
قول صاحب اليد عندهما ولما كان لا يستحق النهر حريما عند ابي حنيفة رضي الله عنه كان
الظاهر شاهدا لصاحب الارض وهذا معنى قوله وبعدم استحقاقه اي وبعدم استحقاق
صاحب النهر الحريم … يد صاحب النهر على الحريم والظاهر يشهد لصاحب الارض وذلك
ان ارضه … وملكه … احد والحريم من جنس الارض صالح فيما يصلح له
الارض وليس من جنس النهر ومن حيث الانتفاع كما ان صاحب النهر يمسك الماء بالحريم فصاحب
الارض ايضا يدفع الماء بالحريم عن ارضه فاستويا في استعمال الحريم ويترجح جانب
صاحب الارض من الوجه الذي قررنا فكان الظاهر شاهدا له فكان له ان يغرس ما
بدا له من الاشجار ولكن ليس له ان يهدمه لان لصاحب الارض حق استمساك الماء فيه
فلا يكون له ان يبطل حقه بهدمه كحائط لرجل ولاخر عليه جذوع لا يكون لصاحب
الحائط ان يهدم وان كان مملوكا له لحق مراعاة صاحب الجذع وكذا ها هنا كذا في المبسوط
والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك اي لا قضاء ملك ولا استحقاق ولهذا لو ان صاحب

النهر

النهر اذا اقام بينة بعد هذا انها كانت على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء
ملك لما قبلت بينته وذلك لان الاصل ان من صار مقضيا عليه في ملك الحادثة لا …
ان القضاء قضاء ترك يصير مقضيا له بعد اقامة البينة ولا نزاع فيما هو استمساك الماء
… عن قولنا ان الحريم في يد صاحب النهر في امساك الماء اما اذا كان لاحدهما عليه
اي على المسناة على ما ونزل الحريم ذلك فما قيل الحديث … لصاحب الشغل اولى اي اذا كان
غرس لصاحب المسناة كانت الارض له من غير خلاف واذا كان طين ملقى لصاحب النهر
كانت المسناة لصاحب النهر من غير خلاف واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف
ذكر في الاسرار في تعليل قول ابي حنيفة رضي الله عنه واما الحاجة فيجب ان يكون
للجار عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان لصاحب النهر حق المرور والقاء الطين ولا
ملك اصل الرقبة فيكون لصاحب الارض حق الغرس والانتفاع بوجه لا يفسد عليه
النهر منافعه وبذلك الطريق ظهر العمل في الناس من غير نكير ثم ان عند ابي يوسف
رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوي حتى اذا
عرض النهر مقدار ثلاثة اذرع من الجانبين جميعا من كل جانب ذراع ونصف وعن محمد
رحمه الله مقدار بطن النهر وهو اختيار الكرخي رحمه الله ان يستحق من كل جانب مقدار
عرض النهر وهذا ارفق بالناس اي بالناس الذين ثم اهل النهر والله اعلم بالصواب

فصل في مسائل الشرب فصل في المياه

لما ذكر احياء الموات ذكر هاهنا ما يتعلق به من مسائل الشرب لان الانسان اذا احيا الموات
يحتاج الى الشرب فذكر احكامه في هذه الفصول وقدم فصل المياه على الكري لان المقصود هو
الماء فقدمه لاصالته الشفة واحد الشفاه واصلها شفهة سقط الهاء تخفيفا والجمع شفاه
بالهاء وتصغيرها شفيهة على الاصل وقال هم اهل الشفة الذين لهم حق الشرب بشفاههم
وان يسقوا دوابهم كذا في الطلبة وفي المغرب جمع الوادي على اودية على غير قياس لانه
جمع … مثل … واسم للنهر واصل التركيب يدل على الجري والخروج وسمي الوادي
لان الماء يدي فيه اي يجري فيه ويسيل فكان فيه اطلاق الاسم الحال على المحل كذا في الصحاح
وعن … جيحون هو نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة
… النهر جانبه بالكسر والفتح كذا في المغرب الناس شركاء في ثلاث **فان قلت** كان
القياس ان يقال في ثلاثة لتغليب المذكر على المؤنث لان الاصل هو المذكر **قلت** المستعمل
في فصيح الكلام اذا لم يذكر المعدود ان يغلب لفظ المؤنث كما في قوله عليه الصلوة والسلام
من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي
والتانيث باعتبار الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام ذكر مؤنثا والمعنى
فيه ان النظر الى لفظ الاعداد وهو مؤنث بعد قوله عليه الصلوة والسلام الناس
شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار لم يرد شركة الملك انما اراد به الاباحة
ان الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والابار والانهار للكل واحد ان يشرب
منها ويسقي دوابه وان كان منه انقطاع ذلك الماء الى اخر ما ذكر في الكتاب من احكام
المياه من الانواع الاربعة فاما الكلاء والحشيش اذا نبت في ارض انسان بغير انبات
يكون مباحا للكل من يدخله عن ارضه لا يدخل ارضه الا باذنه فان كان لا يجد ذلك في موضع
اخر يقول لصاحب الارض اما ان تحش وتدفع الي واما ان تاذن لي بالدخول بخلاف
الشجر فان الشجر اذا نبت في ارض انسان بغير انباته يكون لصاحب الارض والشجر ما له
ساق نحو الشوك … والكلاء والحشيش ما لا ساق له اذا نبت منبسطا على وجه
الارض واما الحشيش الذي انبته صاحب الارض بان سقى ارضه وكربها فانبتت
الحشيش منها لدوابه فهو احق بذلك وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاه لانه حصل بكسبه
والكسب للمكتسب واما بيان الشركة في النار فان من اوقد نارا في صحراء لا حق لاحد فيه

فكذا إذا أراد أن ينتفع بشيء من حيث الاصطلاء وتجفيف الثياب بها وأن يعمل بضوئها فأما إذا
أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحب النار لأن ذلك حطب أو فحم
أحرزه الذي أوقد النار وإنما الشركة التي أثبتها رسول الله عليه الصلوة والسلام في النار
والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم فإذا أخذ من ذلك الجمر شيئا فإن كان ذلك مما له
قيمة إذا أخذه صاحبه كان له أن يسترده منه وإن لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده
لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا والمتعنت ممنوع عن التعنت
كذا في المبسوط وفتاوى قاضي خان رحمه الله وذكر في شرح الطحاوي رحمه الله تعالى
فأما النار فإنه إذا أوقد رجل نارا أو سراجا فليس له أن يمنع أحدا من الاستضاءة بضوئها
والاصطلاء بنارها لأنه يعتبر فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل وهو ما روينا وهو
ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام الناس شركاء في ثلاث حتى لو سرقه إنسان لم
يقطع يده **فإن قيل** بهذا الاعتبار ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها لأن قوله تعالى هو الذي
خلق لكم ما في الأرض جميعا يورث شبهة بهذا الطريق **قلت** ليس هذا نظير ذلك لأن
الذي يخرج منه يخصص الشركة من الأشياء المخصوصة بعد ثبوت الشركة عموما في ملك الإباحة
فلو لم يعمل بمعنى الشركة في العموم ولم يلزم عدم الإعمال في خصوص الشركة ألا ترى أن عموم
قوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا لم يورث شبهة في سقوط حد الزنا فإنه لو زنى
بأمة الغير يجب حد الزنا وأورثت الخاصة شبهة في سقوط الحد حتى لو زنى بامرأة مشتركة
بينه وبين غيره لم يجب الحد وذلك لأنا لو عملنا بعموم قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما
في الأرض جميعا يلزم انسداد أبواب الحدود كلها وتعطيل العمل بالآيات التي أوجبت الحد
واحدا منها قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وهو لا يصح لأن العمل
بخبر الواحد وهو قوله عليه الصلوة والسلام ادرؤوا الحدود بالشبهات إنما يصح لو بقي الكتاب
معمولا عند العمل بخبر الواحد وإلا فلا وههنا لو عملنا بقوله تعالى خلق لكم ما في الأرض
جميعا إعمالا للشبهة الثابتة بالحديث لبطل خاص الكتاب فلا يصح ذلك بخلاف الماء المحرز
في الأواني حيث يقابله بخبر سلاح هذا إذا كان معه ماء كثير فإن لم يكن كثيرا فهو على وجهين
أحدهما أن يكون الماء محرزا بما يرد رمقهما أو كان يكفي لأحدهما فإن كان يكفي لرد رمقهما
كان للمضطر أن يأخذ منه البعض ويترك البعض وإن كان لا يكفي إلا أحدهما فإنه يترك
الماء على المالك إذا كان يأتي على المال كله أي شرب الناس والدواب إذا كان يستقي الماء
كله ويستأصله وقيل له أن يمنع اعتبارا لسقي المزارع والكرم على هذا وفي المبسوط والأصح
على أن له أن يمنع في مثل هذه الصورة لأن السقي ما لا يتصل بصاحب النهر والبئر فأما ما يتضرر
وينقطع حقه فله أن يمنع ذلك اعتبارا لسقي الأرض والشجر والزرع فله أن يمنع من يريد
أن يسقي شجره وزرعه من نهر أو قناة أو بئر أو عين وليس لأحد أن يفعل ذلك إلا بإذنه
لأنه يريد أن يسوي نفسه بصاحب الحق فيما هو المقصود بالنهر والقناة إنما هو هذا
المقصود وليس لغير المستحق أن يسوي نفسه بالمستحق فيما هو المقصود بخلاف الشفة فذلك
شيء غير مقصود أو لأنه يحتاج إلى أن يحفر نهرا من هذا النهر إلى أرضه فيكسر به ضفة النهر
وليس له أن يكسر نهر الغير ولذلك في البئر ليس لأحد أن يتصرف في حريم بئر الغير وإن كان
قد اتخذ شجرة أو خضروات في داره وأراد أن يسقي ذلك بحمل الماء إليه بالجرة ليسقي ذلك فقد
استقصى فيه بعض المتأخرين من أئمة بلخ رحمهم الله أنه لم يكن له ذلك إلا بإذن صاحب النهر والأصح
أن لا يمنع من هذا المقدار لأن الناس يتوسعون فيه والمنع منه من الدناءة وقد قال عليه الصلوة
والسلام إن الله تعالى يحب معالي الأمور ويبغض سفسافها واختلفوا في التوضي بماء السقاية جوزه بعضهم
وقال بعضهم إن كان الماء كثيرا يجوز وإلا فلا ولذا كلما أعد للشرب حتى قالوا في الحياض التي
أعدت للشرب لا يجوز منه التوضي ويمنع منه هو الصحيح ويجوز أن يحمل ماء السقاية إلى بيته ليشرب
أهله كذا في المبسوط وفتاوى قاضي خان رحمه الله الماشي دخل في المقابر أي لأن الماء يحل

ونيته دخل بعينه انقطعت شركة الشرب بواحدة أي انقطعت شركة عنه من ذلك
الماء بالكلية فلا يلحقه السيل فهو أي لا يمكن لغير صاحب النهر السيل ذلك المسيل والله أعلم

فصل في كري الأنهار

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كري الأنهار لأنه كان الشرب منها
ولكن لما كانت مؤنة كري الأنهار أمرا زائدا على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري
ألحقها بالنهر العام أخرت ذكر فصل الأنهار بلا نية ووجه الانحصار عليها ظاهر وذلك أن
النهر إما أن يكون عاما أو خاصا أو مركبا منهما بأن يكون واحد من الجانبين أي
يكون فيه وصف العموم ووصف الخصوص أما الأول فكالفرات والدجلة والسيحون
والجيحون وأما المركب منهما وهو قوله ونهر الملك دخل ملكه تحت العشرة ولأنه عام
ذكر في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله وهو يحفره دارا بن دارا وهو حرام كام ببخارى
ودعوى مؤنة كري النهر العام لو احتيج إليه فعلى السلطان يصرف عليه من بيت المال
ومؤنة كري النهر المركب من العام والخاص وهو النهر الثاني فعلى أهل النهر إذا
أبوا أجبرهم الإمام وأما النهر الثالث فهو النهر الخاص قال بعضهم إن كان
النهر لعشرة فما دونها أو عليه قرية واحدة يجري ماؤه فيها فهو نهر خاص يستحق به
الشفعة وإن كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر عام وقال بعضهم إن كان النهر
لما دون الأربعين فهو نهر خاص وإن كان لأربعين فهو نهر عام وبعضهم جعلوا الحد
الفاصل في المائة وبعضهم في الألف وأصح ما قيل فيه أنه يفوض أمره إلى رأي المجتهد حتى
يختار أي الأقاويل شاء كذا في فتاوى قاضي خان والفاصل بينهما أي بين النهر
العام والخاص استحقاق الشفعة به وعدمه وقد ذكرنا ذلك في الشفعة وقال
الشرب الخاص الذي يستحق به الشفعة أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه
فهو نهر عام وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه ومحمد وعند أبي يوسف رحمه الله الخاص
أن يكون يسقي منه قراحان أو ثلاثة وما زاد فهو عام إلا أنه يخرج له أي الكري ويحمل
مؤنته على الماشين الذين يطيقونه بأنفسهم كما يجعل في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان
يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء كذا ههنا وتقابله عوض وهو حصته من
الشرب فلا يعارض به أي فلا يعارض الضرر العام فيحتمل ضررا وتجب السعي في إعدامه
وإن كان يبقى الضرر الخاص مع أن ذلك الضرر في الخاص مجبور بعوض يقابله وهو
حصته من الشرب الإسقاء وكان يقول يجبر الآبي وهو قول أبي بكر الإسكاف
وقيل لا يجبر وهو قول أبي سعيد البلخي رحمه الله كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله ثم إنما
ذكر من أصحابنا وهو إذا كرى البعض وأبى البعض حيث يجبر الآبي على قول البعض
وأما إذا امتنع الكل عن الكري واتفقوا على ترك الكري في ظاهر المذهب لا يجبرهم
الإمام على ذلك لو امتنعوا عن عمارة أراضيهم وقد دونهم وقد قال بعض المتأخرين
من أصحابنا يجبرهم على ذلك لحق أصحاب الشفعة في النهر كذا في المبسوط لأن كل واحد
من الضررين خاص فإن كان أحدهما عاما لأجبر دفعا للضرر العام عن صاحبه
كما في النهر ثم إن كل واحد من هذين الضررين معوض لأن ما يلحق الآبي من الضرر
يعوض لأنه يسقي أرضه وما يلحق شريكه من الضرر يعوض أيضا لأنه أمكنهم
أن يرفعوا الأمر إلى الحاكم حتى يأذن لهم على أن ينفقوا ويرجع الشرب بأن يستوفوا منه
قيمة ما أنفقوا في نصيبه من الكري كذا في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله بخلاف ما
تقدم وهو الإجبار في النهر الثاني لأن من أبى منهم يجبر عليه هناك لأن أحد الحقين
هناك عام والآخر خاص فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره وأما ههنا فكلا
الحقين خاص فلا يجبر ولا جبر لحق الشفعة هذا جواب إشكال وهو أن في كري النهر
الخاص إحياء شفعة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي أن يجبر الآبي على الكري

وتفسير لمن له من اهل الشفة كما لو منع جميع اهل النهر عن كريه حيث لا يجبرون على الكرى لحق
الشفة الى هذا اشار في المبسوط بحر الاسلام والذخيرة واذا حاور رأس رجل ثم عنه
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وتعول لابي جعفر رضي الله عنه احدوا في الفتوى
كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله تعالى لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل حتى لو باع رجل
في الاسفل ارضا كان للاعلى الشفعة فكان مؤنة الاسفل على الاعلى ايضا كما يكون على غيره
من شركاء النهر لان الغرم بازاء الغنم فلا يلزمه انتفاع غيره والصواب نفع غيره لان
الانتفاع في معنى النفع غير مستقيم كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الدركوجي رحمه الله
وليس على صاحب المسيل عمارته اي ليس على من هو في اعلى النهر عمارة اسفل النهر بسبب
حق تسييل الماء وهذا جواب لقولهما احتياجه الى التسييل فيفضل من الماء صفة للمنافع
ذلك لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق فكذا هاهنا من هو متمكن من دفع الضرر عن
نفسه بدون كري اسفل النهر بان يسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى الماء فعرفنا
ان الحاجة المعتبرة مؤنة الكري الحاجة الى سقي الاراضي وليس على اربابه الشفة من
الكرى شيء لانهم لا يستحقون الشفعة بحق الشفة حتى يلزم الغرم بازاء الغنم ولان اهل
الشفة جميع اهل الدنيا فلا يمكن جمعهم في الكري لانهم اتباع والمؤنة على الاصول لا على
الاتباع الا ترى ان المؤنة على القتيل الموجود في المحلة على عاقلة اصحاب الخطة هذا
كله من المبسوط وغيره والله اعلم بالصواب **فصل** في الدعوى والاختلاف والتصرف
فيه لما فرغ من بيان مسائل الشرب ذكره بفصل يشتمل على شيء من مسائل الشرب ويصح
دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في ذكره استحسانا دليل على ان في القياس لا يصح
هذه الدعوى وقد ذكره في شرب المبسوط قال ولو ادعى شربا في يد رجل بغير
ارض فانه ينبغي في القياس ان لا تقبل منه لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في
الدعوى والشهادة والشرب ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا ففي ذكر استحسانا
دليل على ان في القياس لا يصح هذه الدعوى وقد ذكره في شرب المبسوط وقال ولو
ادعى شربا في يد رجل بغير ارض فانه ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك
لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة
لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك في المدعى اذا اثبت دعواه
بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة
كالخمر في حق المسلمين ولكنه في الاستحسان يقبل بينته ويقضي له لان الشرب مرغوب
فيه منتفع به وقد يكون الاستحقاق فيه للانسان منفردا عن الارض بالميراث والوصية
وقد يبيع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره على حاله
اي لم يمكن له ذلك بل يترك على حاله اي لم يمكن له ذلك وهذا اصح في المبسوط فانه
يمكن في يده ان لم يكن مستعملا باجرائه فيه اذ لم يكن استحقاق في طريق النهر ان هذا
النهر له اي لهذا المدعي الذي يدعي رقبة النهر وانه قد كان له مجراه في هذا
النهر يسوقه اي ان لم يكن بينة على اصل النهر ولكن له بينة اشهد انه قد كان
له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه حتى يسقيها ذلك لانهم يشهدون بالحق سبق
في النهر في المجرى كذا في المبسوط ملكا له اي فيما اذا كان له ملك الرقبة او حقا
مستحقا فيه اي فيما اذا كان له حق التسييل من غير ملك الرقبة وعلى هذا المصب لعين
رهينة بحق الاختلاف اي اختلاف المدعيين كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود
بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف باختلاف قلة الاراضي وكثرتها فالظاهر
ان حق كل واحد منهم في الشرب بقدر ارضه وقدر حاجته والبناء على الظاهر واجب
حتى يتبين خلافه **قال** فلو قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في
اليد يوجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه **قلت** لا لان ذلك في اليد لا يستبعد على الماء

ل

في النهر لاحد حقيقة واعانة ذلك بالانتفاع بالماء والظاهر ان من له غير قطع لابد
ان يدين مثل من له قطعة واحق بالماء لا يمكن احرازه في اثبات اليد عليه وانما احراز
سقي الاراضي وانما يثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق اذا اختصم
فيه الشركاء فانهم يستوون في ملك رقبة الارض ولا يعتبر في ذلك سعة الدار
وضيقها لان الطريق يثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه الى الدار والى
الدار الصغيرة تطرقه واحق كذا في المبسوط السكر بتسكين الكاف مصدر سكر لم يكن
له ذلك الضمير راجع الى مصدر لم يكن للاعلى السكر ولكنه يشرب بحصته من غير سكر
فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته جاز ذلك لان الماء حقهم
وقد انعدم تراضيهم **فان قلت** لم لا يحكم بما لم يمكن للاعلى سقي ارضه بدون
السكر ولهذا تراضي الاعلى ولم يصطلحوا اما ذا تفعل الاعلى في سقي ارضه فما حكمه لو
كان هكذا **قلت** ذكر في فتاوى قاضي خان ولو كان في النهر بحيث لا يجري الى ارض
كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرويه ثم بعد ذلك لاهل الاعلى
ان يسكروا ليرتفع الماء الى اراضيهم وذكر في شرب المبسوط عن ابن مسعود رضي الله
عنه هل اسفل النهر امراء على اهل الاعلى حتى يرووا وهذا دليل على انه ليس لاهل
الاعلى ان يسكروا النهر ويستحقوا الماء عن اهل الاسفل لان حقهم جميعا ثابت
فلا يكون لبعضهم ان يمنع حق الباقين فيه ودليل في انه اذا كان الماء في النهر
بحيث لا يجري في ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا
ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا وهذا لان احداث شيء في وسط النهر المشترك
فلا يجوز ذلك لما يبقى من حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت فما لم يرووا فكانهم
هم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا سماه امراء لانه لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من
السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن يلزمك طاعته فهو اميرك بما ذكر في قوله
عليه الصلوة والسلام صاحب الدابة القطوف امير على الركب لانه يأمرهم بالسير
وعليهم طاعته بحق الصحبة وفي المبسوط فيه حكاية ابي يوسف رحمه الله حين ركب
مع الخليفة يوما فتقدم الخليفة لجودة دابته فناداه ابو القاضي الحق بي فقال له
يا امير المؤمنين ان دابتك اذا حركت طارت واذا تركت سارت وان دابتي اذا حركت
قطعت واذا تركت وقفت فانتظرني فان النبي عليه الصلوة والسلام قال
لصاحب الدابة القطوف امير على الركب فامر ان يحملوا ابا يوسف رحمه الله على جنيبة
له وقال احملك على هذا اهون من ان تامرك علي فقال او تأمر عليه اي تسلط ومعنى
الضرر بالنهر ما مباه من كسر ضفته وبالماء ان يغير عن سننه الذي كان يجري
عليه وان لم يغير الماء عن سننه ولا يمنع جريان الماء بنصب الرحى كما كان يجري قبل ذلك
وانما كان بنصب الرحى في ملك خاص له فان كان في غير الضفة فله ان يفعل ذلك
بغير رضا الشركاء لانه انما احدث ما يحدثه من الابنية في خالص ملكه وبسبب الرحى
لا ينقص الماء فينتفع صاحب الرحى بالماء مع بقاء الماء على حاله من غير ان ذلك
يكون متعنتا قاصدا الى الاضرار به لا دافعا للضرر عن نفسه ولا يلتفت الى
تعنته واما اذا الذي يصيب الرحا بهرامته في كسر ضفة النهر لغيره عن
سننه ولا بد ان ينقص الماء اذا كان يجري على سننه لا سيس فيه بعض الا
واذا انعدم تبين فيه النقصان وانه عاد النهر كذا في المبسوط الدالية جذع
طويل مركب تركيب مداق الارز في راسه مغرفة كبيرة يستقى بها والساقية النعير
يسقى عليه اي يستقى من البير وقد ذكرناه لاجل ما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشبة
والالواح والقنطرة مما يتخذ من الاجر والحجر موضعا لا يرفع وكل ذلك ممنوع من يحدث
في ملك مشترك ولا بد الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم كذا في المبسوط وذكر في

والقنطرة ما يبنى على الماء للعبور والجسر عام فان الجسر ما يعبر به النهر وغيره مبنيا
كان او غير مبني والفتح لغة وتسويتها منه اي جانبي القنطرة من النهر ولا امرها بالترك
الواو للحال لان الكلام فيه الكوة نقب في البيت والجمع كوا بالمد وكوا ايضا مقصورا
مثل بدرة وبدر والكوة بالضم لغة وتجمع على كوى وتستعار الكوى لمفاتح الماء الى المزارع
والجداول فيقال كوى النهر كذا في الصحاح والمغرب الكوة نقب البيت وقوله وان كان
القسمة بالكوى اي لا يكون له ان يوسع الكوى وكذا اذا اراد ان يوخرها اي الكوة فيجعلها
في اربعة اذرع مثلا اي من فم النهر وهذا التقدير اتفاقي والعبرة للاختلاف
وصورته هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوى في فم النهر كذا في الذخيرة بخلاف
ما اذا اراد ان يسفل كواه يعني مع تزهيده معنى اراد ان يضع الكوة اعمق عما كانت
وهي في ذلك الموضع او يرفعها يعني الى وجه الارض ولو كانت القسمة وقعت بالكوى
فاراد احدهم ان تقسم بالايام ليس له ذلك اي فيما اذا المذكور لا يجوزون على ما يجي هذه
المسالة بعينها بعد هذا ولو كان الكل واحد منهما كوى مسماة اي معدودة بخلاف
ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم يعني الدجلة والفراة اذ الارض الاولى سقيت
بعض الماء اي لشربه مثل ان يسقي الاخرى وهذا الذي ذكره فيما اذا املا صاحب الارض
ارضه التي لها حق الشرب ثم فتح مسناها الذي ملا ارضه الاولى واما اذا اجرى الماء
من الارض الاولى كما يبلغ الى الاخرى فلا بعلة فيه هو ما مر به في قسمة المبسوط قبيل
باب القسمة الدور بالدراهم وقال فيه من كان له ارض بجنب نهر يشرك شربها من
ذلك النهر اذا اشترى بجنب ارضه ارضا اخرى واراد ان يسقي الاخرى من هذا
النهر باجراء الماء في ارضه لم يكن له ذلك لانه يسوق من الماء فوق حقه لانه فان حقه
في هذا النهر ما يسقي ارضه اذا اسقى به ارضين غير الطريق والشرب فيه ان يريد
في الشرب ما لم يشرك فيه حق في الشرب ويزيد في الطريق من الماء ما ليس له حق في المرور
ساكنها غير ساكن هذه الدار وفيه لانه لو كان ساكن الدارين واحد كان له ان يفتح
بابا الى دار اخرى ذكره في قسمة المبسوط قبيل باب قسمة الدور بالدراهم لكن الاسار عاه
يسود لما فيه من الضرر بالاخر وليس لاحد الشريكين ان يتصرف في المشترك على وجه يلحق
الضرر بشريكه ثم ضرر الكري يلحق صاحب الاعلى بفعل صاحب الاسفل بل يكون النقصان
بفعل صاحب الاعلى وهو ممنوع عن ذلك كما لو اراد ان يسكر النهر وكذا اذا اراد ان يقسم
النهر مناصفة بينهما اي ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بالكوى وهو ان يقول الشريك
احد الشريكين ينتقص النهر لك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها وان شئت
في حصتك كلها فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بينهما مرة بالكوى ولا يكون لاحدهما ان
يطالب بقسمة اخرى وفي القسمة الاولى الانتفاع بالماء استدام وفيما يطالب هذا به
يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء في بعض المدة وربما يتضرر بذلك صاحب السفل كذا في المبسوط
في بعد التراضي لصاحب السفل ان ينقض ذلك يعني اذا ما على هذا التراضي زمانا فرد بها
لصاحب السفل ان ينقض بله ذلك لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب
في نوبته من النهر والمعير ان يرجع متى شاء وهذا لانه يمكن ان يحمل ما تراضيا عليه مبادلة
وان بيع الشرب بالشرب واجارة الشرب بالشرب باطل والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع
بعينه قيد بالانتفاع يعني الشرب احترازا عن الايصاء ببيع الشرب باطل على
ما ذكر في الكتاب **فان قيل** لما كان الشرب لا يملك بالبيع والصدقة والهبة وهي اسباب
الملك كيف يملك بالارث وهو ايضا سبب الملك كهذه الاشياء وما الفرق بينهما **قلت**
الفرق بينهما هو ان الورثة خلف الميت يقومون مقامه في املاكه وحقوقه ولما جوز
بيعه وهبته للغرر والجهالة وبما لا يستغنى بها الانسان لما من ذكرنا ولا يلزم
من عدم جواز البيع والهبة والصدقة عدم جواز الارث الا ترى ان القصاص والدين

ولو يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه وكذلك الشرب وكذلك الوصية بالانتفاع
بالشرب جائز كالارث لان الوصية اخت الميراث غاية ما في الباب ان في الشرب معنى
الغرور والجهالة او لعدم الملك فيه في الحال والوصية بهذا السبب لا تبطل الا ترى
ان الوصية بما يثمر نخيله العام يصح فلذلك الوصية في الشرب كذا في المبسوط والوصية
بذلك اي بخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته فان ذلك لا يصح كما لا يصح بيعه
وهبته ولذا لا يصح مسمى في النكاح يعني اذا تزوج الرجل المراة على شرب بغير ارض فالنكاح
جائز وليس لها من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة
ولا في الخلع يعني لو اختلعت امراة من زوجها على شرب بغير ارض كان باطلا ولا يكون له
من الشرب شيء ولكن الخلع صحيح وعليها ان ترد المهر الذي اخذت لانها اطمعت الزوج
في التسمية فيما هو مرغوب فيه فيصير غارا له في التسمية والغرور في الخلع يلزمها
رد ما قبضت كما اذا اختلعت على ما في بيتها من المتاع فاذا ليس في بيتها شيء ولا يصلح بدل
الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود وقد بينا ان ما لا يستحق من العقود فالصلح
عليه باطل فصاحب الدعوى على دعواه واذا كان الصلح عليه من قصاص في نفس او في
ما دونها فالصلح باطل لهذا العفو وعلى القاتل الدية وارش الجراحة لان الصلح
من القود على شيء نظير الخلع هذا كله من المبسوط وقوله الاصح احترازا عما قال
بعضهم ممن مات وهو صاحب الشرب بدون الارض لا يجوز حيا وميتا يتكلم مشايخنا
رحمهم الله في ان الامام ماذا يصنع بهذا الشرب فمنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع فيه
ذلك الماء في كل يوم ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضى به الدين قال
رحمه الله والاصح عندي انه ينظر صاحب ارض ليس له شرب فيضم ذلك الى ارضه ويبيعهما
برضاه ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب ومع الشرب فيجعل تفاوت ما بينهما من الثمن
مصروفا الى قضاء دين الميت وما زاد لصاحب الارض فان لم يجد ذلك [illegible] كما ذكر
في الكتاب كذا في المبسوط وذكر شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه في بيع الشرب في دين
صاحبه قال والسبيل في ذلك ان يقال للمقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب
بلا ارض بكم كان يشترى هذا الشرب وهو نظير ما قال بعض ائمة بلخ رحمهم الله انه اذا دخل
امراة بشبهة ينظر بكم كانت تستاجر على الزنى ولو كان الاستيجار عليه جائزا فيجعل ذلك
مهرها وهذا كما لو قالوا ايضا في المدبر ان السبيل في معرفة قيمته ان يقال للمقومين
بكم يشترى على ان يكون المشتري احق بمنافعه دون رقبته على ان يعتق بموت المولى وقال
الامام مشايخنا رحمهم الله يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا
الشرب فينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة
الشرب وفي الصحاح يقال مخرت الارض اي ارسلت فيها الماء وفي المغرب هكذا عن الفقيه
ابي جعفر تاويل ما قاله محمد رحمه الله لا يضمن فيما اذا اسقى ارضه سقيا يسقى مثله في العادة
اما اذا اسقى ارضه سقيا لا يسقى مثله في العرف يضمن وهو نظير ما لو اوقد نارا واحرق
دار جاره او اوقد نارا توقد مثله في العرف لا يضمن وان كان بخلافه يضمن وكذلك
اذا كانت ارض جاره على هذا التفصيل ايضا وكان الشيخ الزاهد اسمعيل رحمه الله يقول
اذا سقى ارض نفسه سقيا معتادا وتعدى الى ارض غيره انما يضمن اذا كان محقا في السقي
بان سقى في نوبته مقدار حقه واما اذا اسقى في غير نوبته او في نوبته زيادة على حقه
يضمن ذكره الغالي وقيل يضمن ايضا اذا اسقى ارض نفسه سقيا معتادا وتعدى الى
ارض جاره وهو يرى ولا يحبسه يضمن ذكره الغالي وقيل يضمن ايضا اذا اسقى ارض
نفسه سقيا معتادا وتعدى الى ارض جاره ان كان الجار تقدم اليه بالاحكام
بالتسفل يضمن استحسانا كما في الحائط المائل اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل والا
يقدم اليه بالتسفل لا يضمن لعدم التعدي فلا ضمان عليه والله سبحانه اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الأشربة

أورد الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبة عرق واحد لفظا ومعنى ولذلك أوردهما كذا في عامة الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني والتحفة والقدوري إلا أنه قدم الشرب على الأشربة إما لأن الشرب في بيان أحكام الشراب الحلال والأشربة في بيان أحكام الحرام أو لأن ذكر الشرب كان في سعة إحياء الموات وهذه في أحكام الأشربة التي هي سبب لإماتة العقل والحياة قبل الموت ثم محاسن الأشربة ظاهرة فإن المقصود من ذكر الأشربة بيان حرمتها لمعنى أنها مزيلة العقل ولا شبهة لأحد في حسن تحريم ما يزيل العقل خصوصا في هذه الأمة فإن العلماء استنبطوا من كتاب الله تعالى ما ينبغ الحكم وكشفوا عن دقائقها غماضة النظم وكانوا إلى عقولهم أحوج من غيرهم **قال** **وقيل** هل لا حرمت الخمر على الخلق أجمع إذ كل محتاج إلى الاستدلال ولا استهداء ذلك إلا بالعقل **قلنا** إن الأمم الماضية كانت أعمارهم طويلة وأبدانهم جسيمة وكانت تحتمل آفة الشراب ولا يتسارع إليهم السكر وكان في الحل صلاحهم من تقوية الأبدان بقاء العقول وأما هذه الأمة فصبين الأعمار ضعيفة الأفكار متسارع إليهم السكر بشرب شيء منه فحرم القليل لئلا يدعي شرب القليل إلى شرب الكثير فلذلك كان صلاحهم في حرمة الخمر **فإن قيل** هل لا حرمت الخمر في ابتداء الإسلام مع وجود هذه الحكمة **قلنا** أباح في ابتداء الإسلام ليحاسبوا الفساد في الخمر حتى إذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة روي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد شربوا في بعض الأوقات من لهم من البغضاء والآفات حتى تضرع عمر رضي الله عنه بالدعوات لتلحق الخمر بالمحرمات فاستجاب الله تعالى دعاه وأشاع في الخلق بهجته وبهاه ثم يحتاج هاهنا إلى معرفة الشراب لغة وشرعا وإلى معرفة الأصول التي يتخذ منها الأشربة وإلى معرفة الخمر ومعرفة ما سواها من الأشربة فالشراب صفة لما يشرب سواء كان حلالا أو حراما في استعمال أهل اللغة وفي الشرع فاسم الشراب يقع على ما حرم منه وأما الأصول التي يتخذ منها الأشربة فالعنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والذرة والدخن والفواكه كالإجاص والتوت والعسل والفانيذ والألبان أما العنب فالمتخذ منه خمسة الخمر والباذق والمنصف والمثلث والبختج ومن الزبيب شيئان نقيع ونبيذ والمتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيء واحد حكما وإن اختلف اسما من النبع كنبيذ العسل والحنطة كنبيذ الشعير والمزر لنبيذ الذرة ذكرها الإمام قاضي خان والتمرتاشي وغيرهما يبلغ إلى أحد عشر اسما وأكثر أسماء هذه الأشربة وأحكامها مذكورة في الكتاب **قوله** رحمه الله إذا غلا واشتد المراد بالاشتداد كونه صالحا للإسكار وكلما يطلى به من قطران ونحوه ويقال لكل ما خثر من الأشربة طلاء على التشبيه حتى يسمى به المثلث كذا في المغرب وذكر في تاج الأسامي الطلاء شراب كرد وو بهره أو دفته فاشد وقال بعض الناس وهو مالك والشافعي رحمهما الله وفي عين أبي وأشهر بن عرالي من ماء العنب إذا صار مسكرا من غير لفظ الخمر والمثلث والطلاء والباذق والمنصف إنما سمي خمرا لتخمر أي لصيرورته خمرا لمخامرته العقل أي لا لستره العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه نعني أن الخمر إنما سميت خمرا لما ترى أن الفرس الذي يكون أحد شقيه أبيض والآخر أسود يسمى أبلق ثم الثوب الذي يجمع فيه السواد والبياض لا يسمى بهذا الاسم وكذلك النجم يسمى لظهوره فالواجب أي ظهر ثم لا يدل ذلك على كل ما يظهر يسمى نجما وأما ما فيما ذكرنا من إباحة شرب المثلث عمر رضي الله عنه فروي جابر بن الحصين الأسدي أن عمار بن ياسر أتاه بكتاب عمر رضي الله عنه يأمر أن يتخذ الناس من المثلث لاستمراء الطعام وكان عمار بن ياسر رحمه الله يقول لا أدع شربها بعد ما رأيت عمر يشربها ويسقيها الناس وقد كان عمر رضي الله عنه هو الذي سأل تحريم الخمر فلا نظن أنه كان يشرب ويسقي الناس ما نادى له بها التحريم بوجه ولا يجوز أن يقال إنما كان يشرب الحلو منه دون المسكر بدليل قوله لتذهب بالطبع نصيب الشيطان ولأنا نقول هذا لا يصح لأنه كان يشرب ذلك لاستمراء الطعام وإنما يحصل هذا المقصود بالمشتد منه دون الحلو وهو كثير النظر كالقادوري والحرير والأبان والثاني أريد به بيان الحكم أي المراد من الحديث الثاني وهو قوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين

ذكر

[illegible]

ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى يترشح الماء حلاوته فما دام حلوا حل بالاجماع وان
علا واشتد وقذف بالزبد فحكمه حكم الباذق واما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب
اذا طبخ ادنى طبخة فما دام حلوا فيحل بالاجماع فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد فهو كالمثلث
ويذهب بيانه كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله عز ان عنده اي عند ابي حنيفة رضي الله عنه
ويجيء فيهما لا مثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي وما سوى ذلك اي وما سوى ما ذكر وهو
الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لا يوجد في غيره اي في غير الخاتم
الصغير ومن ذهب عقله بالبنج اي وبمنزلة من ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك فانه لا يقع
طلاقه واقراره هناك وكذا هنا كذا ذكر فخر الاسلام وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
قال من زال عقله من هذه الاشربة حرام بالاجماع مع ان السكر من البنج حرام مع انه ما قول غير
مشروب من المشروب اولى كذا ذكر الامام المحبوبي رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه حرام
ويحد شاربه اذا اسكر منه ويقع طلاقه والشيخ الامام الخسرواني في الفتاوى وكان الفتوى
على قول محمد كذا ذكره الامام المحبوبي وقال فيه ايضا في الجامع الصغير كالكلام في المثلث
المعتق عنده حلال بشرط ان لا يسكر ولا بأس بالخليطين وهو ان يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب
ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد كذا ذكره في الاوضح المجوزة التمر الذي يغيب
منه الضرس لجودته يحمول على حالة الشدة اي العسرة والقحط يعني ان النهي محمول على الجمع
كان بين التمر والزبيب في سنة القحط فاستحب ان لا يجمع الانسان بين النعمتين بل يأكل كل
احدهما ويؤثر الآخر على جاره حتى لا يشبع هو وجاره جائع ومما روينا من الاباحة محمول على
حالة السعة بين الناس حيث اباح الجمع بين النعمتين هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله
كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وهو
المدعو بالمثلث حلال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اي رأي ابي حنيفة وابي يوسف ولهما
ايضا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الآية الله تعالى بين الحكمة في تحريم الخمر
في هذه الآية وهو الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني تحصل
بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية قلنا لا يحرم القليل من الخمر ايضا لكن تركنا ظاهر الآية
في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فيبقى على ظاهر الآية وسئل عن العصير اذا وضع في
الشمس حتى ذهب ثلثاه قال لا بأس به وهذا مثل طبخه بالنار كذا في الذخيرة وقال
المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا اي لا يقبله **فان قلت** القدح الاخير
انما يصير مسكرا بما تقدمه باعتباره بعينه فينبغي على هذا ان يكون كله مما تقدم وتأخر
حراما لاستناد كل واحد منهما في التقوي الى الآخر **قلت** لما وجد السكر بشرب القدح الاخير
اضيف الحكم اليه لكونه علة وحكما وهو ان السكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام فانه
يأكل الطعام بقدر ما يغذيه ويتقوى به فهو حلال واما بعد وهو الاكل فوق الشبع حرام ثم
المحرم منه ما هو المتخم وما اذا عمل للشبع ان كان لا يكون متخما الا باعتبار ما تقدمه فلذلك
في الشرب الى هذا اشار في المبسوط وسئل الشيخ ابو حفص الكبير رحمه الله عن هذا فقال
لا يحل شربه فقيل له خالفت ابا حنيفة وابا يوسف فقال لانهما انما يحلان للاستمراء والناس
في زماننا انما يستحلونه للفجور والملاهي ولو شربه للهو لا يحل بالاجماع وذكر ابو يوسف
رحمه الله تعالى في اماليه لو اراد ان يشربه للسكر فقليله وكثيره حرام والقعود لذلك
حرام والمشي اليه حرام وعلى هذا الاختلاف نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة ثم
غلا واشتد وقذف بالزبد كذا ذكره الامام المحبوبي والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب
ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لم يذكر اسم هذا الشراب مع ان له اسما يجمعه
البعض والجمهوري والحميدي وابو يوسفي والحموي فالحميدي تعريب لحمه اي مطبوخ وعن الامام
خواهرزاده رحمه الله هو اسم لما حمل على النار وطبخ الى الثلث كذا في المغرب وذكر في الدخيرة
واما البختج ويراسته حجة فقد اختلف المشايخ في ابن فقال الفقيه ابو محمد هو العصير الذي

[illegible]

ان

[illegible]

صب فيه الماء وطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فيكون الذاهب من العصير اقل من الثلثين
منسوب الى جمهور الناس وهو ان كان يفسد ما دام حلوا يحل شربه وحتى غلا وقذف بالزبد
لا يحل شربه عند علمائنا جميعا وقال بعضهم النبيذ هو الحميدي منسوب الى رجل اسمه حميد
وذكر شمس الائمة السرخسي الحميدي حميد بن هانئ وسببه الحميدي وهو نوع من الاشربة ثم ذكر صورته
في الرجوع بعد ما ذكر ما ذكرناه فقال صورته ان يصب الماء على المثلث حتى يرق ويطبخ حتى
يشتد فانه يحل شربه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف ما دون السكر ويسمى هذا
النوع يوسفي لان ابا يوسف رحمه الله كثيرا ما يستعمل هذا ويحل بشرط الاباحة عندهما لعدم ما
صب الماء فيه وطبخ اذ في طبخه اختلف المشايخ فيه وبعضهم قالوا نصا كابي يوسف لانهما على
نقص واحد او يذهب منهما شيء تارة يذهب الماء للطافته اولا وتارة يذهب العصير والماء
معا فلو ذهبا على شربه كما حل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير
ايضا ثلثين كالماء وهناك يجوز شربه على ما يجيء في فصل طبخ العصير فلذلك هاهنا لكن لما
لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه
اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا على ما مر وهو الباذق
فلا يكون الذاهب ثلثي ما العنب اي القطع والثاني لو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى
طبخه في رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو رواية الحسن عنه فقال انه اذا طبخ
ادنى طبخة يحل شربه اذا غلا واشتد كما في نقيع الزبيب والتمر وانكر المتقدمون من
مشايخنا هذه الرواية فقد روى الحسن بن مالك عن ابي يوسف رحمه الله قال سمعت ابا
حنيفة رضي الله عنه يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لان الذي في العنب
هو العصير وتاثير العصير في التفصيل بين العصير والثفل فكما لا يحل العصير اذا في طبخه
لم يشترط ذهاب الثلثين وكذلك العنب كذلك في الرجوع ولا باس بالانتباذ بالدبا الى
ان قال في حديث فيه طول وهو ما روي بريدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا
وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلاثة ايام فامسكوها ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم
ليتسع به موسركم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف
فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه وفي الحديث دليل على جواز نسخ السنة بالسنة والدبا
القرع والحنتم جرار حمر وقيل خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت الوعاء المطلي
بالزفت وهذا المختار كذا في المبسوط والمحيط وذكر في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله انما
نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف اكثر مما تشتد في غيرها
واذا تخللت الخمر حلت الى ان قال الشافعي رضي الله عنه يكره تخليلها اصل المسالة ان تخليل
الخمر بالعلاج جائز عندنا ويحل شربه وقال الخل بعد التخليل وعند الشافعي التخليل حرام بالقاء شيء من
ملح او خل واذا حل ذلك الخل هو لا واحدا والتخليل من غير القاء شيء فيه بالنقل من الظل الى
الشمس او بايقاد النار بالقرب منه لا يحل عنده ايضا لكن اذا تخللت فيه قولان في اباحة
فوجه الفرق له بينهما وهو ان ما يلقى في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر اياه وما يكون نجسا في
نفسه لا يفيد الطهارة في غيره بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد هناك تنجس
شيء بالقائه فيها والاقتراب فعل حرام في الخمر فهو نظير الصيد اذا اخرج من الحرم بنفسه
حل اصطياده ولو اخرجه انسان لم يحل ووجب رده الى الحرم ومن قتل مورثه يحرم عليه الميراث
مباشرته فعلا حراما بخلاف ما اذا مات بنفسه كذا في المبسوط واما قوله عليه الصلوة والسلام
نعم الادام الخل فهو عام يتناول جميع ما ينطلق عليه اسم الخل فكان متناولا للخل حصل من تخليل
الخمر والاصلاح مباح وكذا الصالح وهو الخل الصالح بفتح الميم جمع المصلحة والتخليل اولى لان
ان يكون مباحا من الاراقة اذ في تخليله ابطال المفسد واعزاز وفي التخليل احراز المال
وصيانته مع ابطال المفسد فيحتاج الى اختيار التخليل على الاراقة قال وقيل لو [illegible] الخمر

[illegible]

فصل

[illegible]

كتاب الصيد

[illegible]

اسعاث النشاط يلعب منها الحاجة المحوجة الى فعل الاصطياد ومنها الحصلة الملهية
لزيادة توفير العبادة ومنها اظهار الجلادة المستفيد من العباد وركنه صيد ورفع الاصطياد
من اهله في محله بشرطه وحكمه ثبوت الملك عند اتصال الاخذ حقيقة او تقديرا اعني بالتقدير
ما اذا احرجه عن حيز الامتناع واما حل الصيد فقد ذكر في الخلاصة انما يثبت بخمسة عشر
شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشارك
في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال
والاخذ بعمل اخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه
في الاخذ من لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون
حشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او بقوائمه
وان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه او يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه وذكر في المبسوط
اعلم ان الاصطياد مباح بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا دوا
والادنى درجات صيغة الامر الاباحة وقال تعالى احل لكم صيد البحر الاية واما
السنة فقوله عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذ فعلم بهذا ان الاصطياد
مباح مشروع لان الملك المشروع نسبته يكون مشروعا وليس ان كان الصيد ماكول
اللحم او غير ماكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل منفعة جلده او دفع اذاه عن الناس وان
شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل وهو لفظ المشاركة دون لفظ الاشراك دليل على انه
لا يسمى عليه وانتفاع بما هو مخلوق لذلك اي بالصيد الذي هو مخلوق للانتفاع وعلمه
من اقامة التكليف فكان مباحا لانه غير متعين او وجب الاباحة بخلاف الخروج من الصلوة
فانه متعين او وجب الاباحة وسيلة لاقامة فرض اخر فكان واجبا والله تعالى اعلم

فصل في الجوارح

وقدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد والحيوان
يفضل على الجماد فتقديم الفاضل على المفضول من باب المناسبة او لان هذه الجوارح متصفة
هنا بالعلم والاحق بالاخذ في رجحان الالة لمن على الذي لا صلاحة له الى التعليم قال الله تعالى
هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون **قوله** رحمه الله ولا خير فيما سوى
ذلك يحتمل ان يكون هذا العموم في حق الذات وفي حق الصفة اما في حق الذات فان
الاصطياد انما يجوز بما ذكر من الحيوانات وهو الكلب والفهد والبازي وسائر
الجوارح المعلمة ولم يذكر من جملتها الاسد والذئب والخنزير ولا يجوز الاصطياد بهذه
الاشياء الثلاثة وان كان عموم قوله وسائر الجوارح المعلمة متناولا لها اما عدم جواز
الاصطياد بالاسد والذئب فلعدم تصور تعليمهما لان من عادتهما ان يمسكا صيدهما
فلا يا كلانه في الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل ولو تصور التعليم منهما
جاز اما الخنزير فالجواز الاصطياد به لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما كذا في
الايضاح فكان معنى قوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى ما عددناه من الكلب
وغيره فكان الخنزير ونظراه من قبيل ما سوى ذلك واما في حق الصفة فان الاصطياد
بهذه الاشياء انما يجوز ان لو كانت معلمة فكان معنى ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى
المعلمة من هذه الاشياء وما علمتم من الجوارح عطف على الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد
ما علمتم بحذف المضاف وحمل ما شرطية وجوابها فكلوا والجوارح الكواسب من سباع
البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين
والمكلب من الجوارح لمصيدها لصاحبها بطريق التاديب واشتقاقه من الكلب لان التاديب
اكثر ما يكون في الكلاب فاشتق من لفظه لكثرته من جنسه واصحاب مكلبين على الحال من علمتم
فان قلت ما فائدة هذه الحال وقد استغنى عنها بعلمتم **قلت** فائدتها ان يكون من
يعلم الجوارح نحريرا في علمه موصوفا بالتكليب وتعلمونهن حال ثانية وفيه فائدة جليلة وهي

قلت [illegible]

اموالهم

[illegible]

ان على كل احد علما على ان لا يا حبر الامس اقل اهله علما و احرم درا به و اعوصهم على الطالبه
وحق تعقه وان احتاج الى ان يصرف اليه اكباد الابل فكم من امر غير متقن وقد ضيع ايامه
وعصر عمره لغلبة المحارة تامله كذا في الكشاف ولان ابة التعليم ترك ما هو مالوفه
عادة والبازي متوحش كالبازي فهو الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول
كذا في المبسوط فهو ترك شرط الاكل وهو عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه
لكن بين هذه الرواية عن ابي حنيفة وقولهما فرق فهي قولهما ان يصير معلما اذا صاد
ثلاث ولم يأكل منها فيحل حينئذ الرابع وعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه على تلك الرواية
يوكل الصيد الثالث لعله ما يجيء في الكتاب وفي بعض قصص الاخبار كانه اراد به قصة
موسى عليه الصلوة والسلام لانه ذكر في المبسوط فقال فقدرنا ذلك بالثلاث لانه
حسن بالاخبار والاصل فيه قصة موسى عليه الصلوة والسلام مع معلمه حيث
قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا الشرع قدر مدة الثلاث بثلاثة ايام
للاختبار فقال عليه الصلوة والسلام اذا استاذن احدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع
وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيره كما هو اصله
في جنسها اي اصل ابي حنيفة رضي الله عنه في جنس المقادير كجنس العرم وحد التقادم
وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة وله ان تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة
تعلمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه
واذا احتمانا بانه امسكه على صاحبه وقد اخذ بعد ارسال صاحبه فيحل كذا في المبسوط
وذلك فيهما اي الاستحمال في الكلب والبازي ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية حتى لو
قتل الكلب او البازي الصيد من غير جرح لا يحل ذكره في الزيادات ولذلك اذا الرمى من غير
جرح لا يحل اكله واشار في الاصل على ان يحل بلا الاصل والعنوي على ما ذكر في الزيادات
كذا في الذخيرة في ظاهر الرواية قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح
وهو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل سواء الاول الذي ذكر قبل هذا الصحيحة بقوله والجوارح
الكواسب في تاويل وذكر في المبسوط وفي معنى الجوارح قولان احدهما ان يكون جارحا حقيقة
بنابه او بمخلبه والثاني في الكواسب كما قال تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم ثم
قال ويمكن حمله عليهما فيقال الشرط ان يكون من الكواسب الذي يجرح وهو معنى قوله في
الكتاب فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ بالتيقن وذلك
ان النص اذا ورد فيه اختلاف اهل المعاني فان كان بينهما تناف يثبت احدهما بدليل
يوجب ترجيحه لا جمعه وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع اخذا بالمتيقن كما ذكر محمد
رحمه الله في الحيض في قوله ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل
وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانهما لا تنافي بينهما فكذلك هنا لا تنافي بين الكسب
والجراحة وجراحة ما قلنا اراد به قوله فلا تنافي وفيه اخذ بالتيقن فان اكل منه
الكلب او الفهد لم يوكل لان ترك الاكل علامة كونه معلما فلما اكل من الصيد بعد الاخذ
علم انه غير معلم **فان قلت** يشكل على هذا مسالة الوثبة وهي ما اذا وثب الكلب اخذ
الصيد من الصايد فاكل بعضه فان الباقي منه يوكل كما يجيء فان قيل انه لم يبق صيدا
بعد اخذ الصايد قلنا لم يبق صيدا ايضا بعد قتل الصيد اياه ومع ذلك لو اكل منه بعد
انه لم يكن صيدا بفعله لا يوكل في مسالة الوثبة يوكل **قلت** يجيء جوابه في مسالة
الوثبة ايضا وهي حجة على مالك والشافعي رحمه الله في قوله القديم اي في قول الشافعي
لانهما يقولان ان الكلب اذا اكل من الصيد احد المحرم تناوله **فان قلت** ما جوابنا
عن ما تمسكا بحديث ابي ثعلبة الخشني رضي الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام قال
له في صيد الكلب كل وان اكل منه ولانه يتناول اللحم دون الصيد لانه بفعله او لا يخرج به
من ان يكون صيدا وهو غير موجب للتحريم كما لو فتش بخلاة صاحبه وتناول شيئا من العدد

منه

[illegible] من الصيد فكان أكله في ذلك الوقت [illegible] الى هذا اشار في [illegible]
وان ادرك المرسل [illegible] حيا وجب عليه ان يذكيه [illegible] ان يعلم [illegible]
الكلام في اربع مواضع احدها [illegible] اذا [illegible] من الحيوة [illegible]
في المذبوح بعد الذبح والثاني اذا [illegible] الذئب بطن الشاة [illegible] من الحيوة [illegible]
[illegible] المذبوح بعد الذبح [illegible] الكلب المعلم المرسل اذا جرح الصيد
[illegible] من الحيوة [illegible] من المذبوح بعد الذبح [illegible]
[illegible] من المذبوح بعد الذبح [illegible] في الموضع الاول والثاني
عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى لو ذكاها [illegible] واختلف المشايخ رحمهم الله على
قول ابي حنيفة رحمه الله [illegible] رحمه الله [illegible] حتى لو ذكاه
[illegible] رحمه الله وهذا اختيار الصدر الشهيد رحمه الله
[illegible] الاسلام رحمه الله [illegible]

[illegible]

فان قلت

[illegible]

ولهذا حمله الصيد لا من احد لا يعاد [illegible] ولا [illegible]
الصيد [illegible] ولا [illegible] صاحبه بالارسال [illegible]
[illegible] رحمه الله [illegible] الامام رحمه الله [illegible] رحمه الله
[illegible] للكلب [illegible] للصيد [illegible]

[illegible]

ولهذا [illegible] من حيث فعل الكلب [illegible] المشاركة [illegible] كلب آخر
[illegible] من الطير [illegible] على الكلب [illegible]
او فعل ما يكون [illegible] الكلب [illegible] الاول [illegible] الكلب [illegible]
والاصطياد [illegible] الاسناد [illegible]
ما هنا [illegible] الكلب [illegible]
[illegible] الارسال [illegible] الصيد [illegible] لان الارسال [illegible]
[illegible] الارسال [illegible] الاعتبار [illegible]
[illegible] للارسال لا للزجر فان قلت [illegible]
[illegible] الاعتبار للارسال لا للزجر [illegible]

[illegible]

من

من الصيود نعم لما ظهر ان المسموع حسه سمكة او جرادا الخالص لا يؤكل المصاب لانه لا يقع عليه
الذكاة وفي الذي الهامة تركه سوا او نزل الذي نهر وحد الصيد ميتا لم يحل كله وكذا
اذا رماه فوجد ميتا الى هذا اشار في الدخيرة وعن ابي يوسف رحمه الله انه حمل مر ذلك
الخنزير اذا كان الحس حس خنزير لا يحل تناول ما اصابه من الصيد خلاف سائر السباع لان فعله
في سائر السباع مؤثر في طهارة الجلد الحاد ان يؤثر في اباحة لحم ما اصابه كذا في الدخيرة والمحيط
وزفر رحمه الله حمل منها من جملة المسموع حسه وجه الظاهر وهو الصحيح لان فعل اللسان
في كل متوحش اصطياد واما حل التناول فيبنى عليه وصفه في المحل كذا في المبسوط فلما كان كذلك
كان الاصطياد موجبا للحل اذا صادف محل الحل وهو ما يؤكل لحمه لان الفعل ليس باصطياد
والمبيح هو الاصطياد فلم يوجد فلم يثبت الاباحة والصبي المولود بمنزلة الادمي فعلا او فقه
وتفقه احكامه وسيد بالوثاق بالعقد ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا لا يحل للصيد لعنى
لو كان نادا الحل فكان هذا اسطر ماد كرن في الدخيرة بقوله اذا سمع الرجل حسا ظن انه حس
صيد فارسل عليه او رماه فاصاب صيدا الحس لم يتبين ما كان صاحب الحس لا يحل تناول
ما اصابه لاحتمال ان يكون صاحب الحس ادميا او بحره مما ليس بصيد ولو رمى الى جراد او سمك
فاصاب صيدا حل في رواية وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله ولو رمى الى جراد او سمكة فبرك
السمكة فاصاب طائرا او صيدا اخر فقتله حل اكله وعن ابي يوسف رحمه الله روايتان والصحيح
انه يؤكل ولو رمى الى ادمي او بقرا وغنم او ابل وفيه اهلي وسمع فاصاب صيدا ما كو لا
لا رواية لهذا في الاصل قال ابو يوسف فيه قولان في قول يحل وفي قول لا يحل ولو اصاب
المسموع حسه وقد ظنه ادميا فاذا هو صيد يحل لانه لا يعتبر ظنه مع تعينه قال رحمه الله ما
الفرق بين هذه المسالة وبين المسالة التي تقدمت وهي من سمع حسا وظن انه حس صيد
ورماه فاصاب صيدا فتبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد
ورمي الادمي ليس باصطياد ومع ذلك حل المصاب ولو اقترن به ظنه انه صيد لا يحل المصاب
والقياس يقتضي ان ينعكس الجواب فيهما او يثبت الحل فيهما اذا اقترن به ظنه او لا ان يثبت
الحل او يثبت الحرمة في هذه المسالة ايضا كما ثبت هناك بالطريق الاول لانه لم يقع فعله
اصطيادا اصطرارا الى قصده قلت مقتضى القياس كما قلت اقتضى القياس الذي ذكرته اجرا
بان يثبت الحرمة في الصورتين فان ثبت الحرمة في هذه المسالة كما ثبتت في تلك المسالة
رواية الدخيرة والمعنى محالا الى المنتقى فقال في الدخيرة والمنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن
انه انسان او دابة او حية فرماه فاذا ذلك الذي سمع صوته صيد فاصاب صيدا لك
الصيد الذي سمع حسه او اصاب صيدا اخر وقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد
فاذن فيه ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون الذي اراده
وسمع حسه وهي انه صيدا سواكان يؤكل لحمه او ما لا يؤكل واما وجه الفرق على رواية
هذا الكتاب بقوله لا يعتبر ظنه مع تعينه لكونه صيدا وتفسير ذلك هو ان المسالة الاولى
اصاب سهمه الى غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه لم المسموع حسه ليس بصيد
فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجيه الى المسموع حسه وهو ليس
بصيد فلم يكن فعله اصطيادا واما ههنا فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد
فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد حقيقة فلما وجد الاصطياد حقيقة لم يعتبر
بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو الاصطياد حقيقته والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة
فعله كان ذلك الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد لتحقق معنى الذكوة على ما
بينا اي في فصل الجوارح وهو الفصل الاول بقوله ولا بد من معنى الجرح وظاهر الرواية يحقق
الذكوة الاضطراري الى جرح وقد بيناه بوجوهه والاختلاف فيه في الفصل الاول وهو
فصل الجوارح في قوله المرسل الصيد فوجده حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات
لم يؤكل الى اخره وفي الدخيرة واذا رمى صيدا فاصابه فوقع عند مجوسي فما يقدر على ذبحه ومات

لا يحل اكله لانه فات ذكاة الاختيار بتقديم الاسلام ولم يكتف بالذكاة الاضطرارية
وكذلك لو وقع عند نابعه والنايم عاجز لو كان مستيقظا قدر على ان يذكيه مما انه لا يوكل عند
ابي حنيفة رضي الله عنه قال ابو حنيفة يجعل النايم كاليقظان في مسايل من جملتها هذه المسالة
المتحامل في المشي ان يتكلفه على مشقته واحيانا يتحامل في المشي ومنه ربما تحامل الصيد
وبطيرا اي يتكلف الطيران وهو من الحمل اي يحمل الصيد نفسه على تكلف المشي والطيران كذا
في المغرب ولم يقعد في طلبه حتى اصابه اكل هذا اذا وجد وفيه جراحة سهمه لا غير واما
اذا وجد وفيه جراحة اخرى ايضا لم يسرله ان ياكله وكذلك الطلب او لم يتحمل يترك لانه
ظهر بنفسه مونة سببان احدهما موجب للحل والاخر موجب للحرمة فغلب الموجب للحرمة
كما لو وقعت الرمية في الماء ثم اصابه فانه لا يوكل وقال الشافعي رحمه الله يوكل لانه ظهر
لموته سبب وهو ما كان منه من ارسال الكلب والبازي او المرمى فالحكم حتى ظهر غيره سبب
حال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا ولكنا نستدل بما
روي ان رجلا اهدي الى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال من اين لك هذا قال كنت رميته
بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي
وهذا الدرع الصغير اخفه من الحبرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ادري لعل بعض الهوام اعانك
على قتله فلا حاجة لي فيه وقال ابن عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت والانماء
المتواري عن بصرك الا انه قد ربما يستطاع الامتناع منه والثابت بالضرورة كذا ذكره والحديث
الثاني من كتاب صيد المبسوط ومما قال في الكتاب لان الموهوم في هذا مثل المتحقق جواب
عن قياس الشافعي رضي الله عنه بقوله كما لو جرح انسانا اي بسبب حكم الحديث اعتبر الموهوم
في باب الصيد كالمتحقق في حق الحل والحرمة بخلاف ساير المواضع فان هناك يحكم بظاهر الحال
لا بالموهوم فلذلك يحال الى السبب الظاهر فاما ههنا فلا ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه
ولانه لا يدري لعله لو لم يترك الطلب وجده حيا فذكاه فمن هذا الوجه يكون تاركا ذكاة
الاختيار فيه مع القدرة عليه كذا في المبسوط واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل
ثم تردى منه الى الارض لم يوكل هذا اذا لم يبلغ الجرح مهلكا في الحال اما اذا وقع الجرح مهلكا
في الحالة التي بعينها ذا الصيد مثل الحياة في المذبوح بعد الذبح فوقوعه في الماء او على السطح
او على الجبل ثم تردى الى الارض لا يضر بل يوكل على ما يجي في الكتاب في هذا الفصل بقوله
ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم كما قيل
في الكتاب بقوله ثم تردى منه الى الارض لانه اذا وقع على الجبل اشد على السطح فاستقر عليه
ولم يتردى يوكل على ما يجي وهذا ايضا في الدرج بهذا التفصيل فقال واذا اصاب السهم
الصيد فوقع على السطح او على الارض من الهوى ومات فانه يوكل استحسانا ولو وقع على السطح
ثم على الارض فانه لا يوكل لان هذه متردية وقوله ومن علا منه فانه فيه لغات يقال
اتيته من علا الدار كجلمود صخر حطه السيل من علِ وابتده من علا ومن عالٍ ومن
معال بضم الميم ومن علو فيردي بضم الواو وفتحها وكسرها كذا في الصحاح وان وقع على الارض
ابتدا اكل اذا لم يمكن في الارض ما يقتل وان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقصبة المنصوبة
لا يوكل على ما يجي وهكذا ايضا في المبسوط وهذا اذا لم يدرك ذكاته فان ادركه فذبحها حل لقوله
الا ما ذكيتم كذا في فتاوى قاضي خان وحمله شمس الائمة رحمه الله اي حمل ما ذكر في المتفق ما اذا كان
جرحا الصحيح يعني لعين هذا باختلاف الروايات لو وقع عليه او على ما اصابه من الارض وذلك
وذلك عقوبة كما اذا ما وقع على الارض وانشق بطنه كالعراض السهم بلا ريش يمضي بعرضه فيصيب
بعرضه لا بحده كذا في المغرب وفيه ايضا المعرفة طيبة مدورة يرمى بها يقال لها بالحلاهن بعال
حرف المعراض اي بعد بالراء المهملة لتحقيقه وفي المبسوط روي عن ابراهيم رحمه الله اذا خرق
المعراض فكل وان لم يخرق فلا تاكل بحذفك ولا بالمعقطة لخرق في الحيوان وقد بينا ان الحل
باعتبار تسييل الدم النجس وذلك يحصل اذا خرق ولا يحصل اذا دق ولم يخرق بل ذلك معنى

الموقودة

[illegible]

ويسمون ماله او يجحده وليس للمرتهن بينة او يموت مفلسا فيعجز لغيبة او لمنعه فيسقط الشارع
المرتهن بشرع الرهن ليصل الى دينه باكد الامرين واوثق الطريقين حتى لو لم يف بدينه كان له ان يرجع
بما بقي له من غيره وهو الرؤف ارحم الراحمين واحكم الحاكمين فيحتاج هاهنا الى تفسير
الرهن لغة وشريعة وسببه وركنه وشروط جوازه وحكمه اما اللغة وفي الشريعة فقد ذكرنا
في الكتاب واما سببه فمطالبة رب الدين رهن المديون عند تاخر اداء حقه وعجز ايصاله
الى الراهن على الرهن واما ركنه فالايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك
علي واما جعلنا الركن مجرد الايجاب من غير قبول لان الرهن عقد تبرع لان الراهن مما اثبت
للمرتهن يد الاستيفاء على المرهون لم يستوجب بازاء ذلك شيئا فكان تبرعا من هذا الوجه ومن
هذا سبيله لا يفتقر الا الى التسليم كالهبة فكان الرهن مجرد الايجاب من غير قبول كالهبة
والصدقة والحكم فيهما كذلك حتى قالوا لو حلف لا يهب او لا يتصدق فوهب وتصدق ولم
يقبل الآخر حنث في يمينه بخلاف البيع لانه معاوضة يملك من الجانبين فكان الركن في
البيع الايجاب والقبول ولهذا قالوا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لم يحنث في يمينه
وانما استحسنا الايجاب ركنا لان الرهن به يوجد وركن الشيء ما يوجد به ذلك الشيء وان
شرط جوازه فان يكون المال المرهون مقسوما مميزا ويكون فارغا عن الشغل وان
يكون الرهن حاصلا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالمديون اذا رهن بما لا يمكن استيفاؤه
من الرهن كان الرهن باطلا كالرهن بالقصاص والحدود والاعتاق وانما سمينا
هذا شرطا لان الرهن يوجد بكون المال مميزا فارغا عن الشغل ويكون الحق شيئا
يمكن استيفاؤه من الرهن وانما يوجد بايجاب الراهن الا انه اذا وجد ايجاب الراهن
لا يصح شرعا ما لم يكن مميزا فارغا عن الشغل وهذا هو شرط جوازه كالشهادة في باب
النكاح والمالية في باب البيع والقبض شرط اللزوم لا شرط الجواز فان الرهن جائز
قبل القبض الا انه غير لازم كالقبض في الهبة واما حكمه عندنا فثبوت يد الاستيفاء للمرتهن
قبل الهلاك وفي حق الحبس لانه لم يكن في حق الملك فاما ثبت للمرتهن على الرهن لانه
يثبت الملك وبعد الهلاك حقيقة الاستيفاء لما ثبت الافتراق بالاستيفاء حقيقة وكذلك
هذا كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله تعالى **قوله** رحمه الله الرهن لغة
حبس الشيء باي سبب كان وقد لكه المرهون اي شيء كان مالا او غير مال والدليل عليه
قول الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بما اكتسبت من المعاصي وفي الشريعة
جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه اي استيفاء الحق من الرهن اي المرهون كالديون
يمكن استيفاؤها من المال المرهون وعن هذا لا يجوز الرهن عن الحدود والقصاص
ولا يجوز رهن المدبر والرهان جمع رهن كالزيادة والعبادة في جمع زايد وعابد وفي بيان
القبض بعد هذا ورهنه بها اي بالقيمة وفي المبسوط اشترى من يهودي طعاما بنسيئة
ورهنه درعه وفي حديث اسماء بنت يزيد ان رسول الله عليه الصلاة والسلام توفي
ودرعه مرهون عند يهودي بوسق من شعير ثم المشايخ استخرجوا من الحديث احكاما
فقالوا فيه دليل جواز الرهن في كل ما هو مال متقوم مما يكون معدا للطاعة وما لا يكون
معدا له في ذلك سواء فان درعه عليه الصلوة والسلام كان معدا للجهاد به فيكون
دليلا لنا على جواز رهن المصحف بخلاف ما يقوله المتقشفة ان ما يكون للطاعة لا يجوز
رهنه لانه في صورة حبسه عن الطاعة وفيه دليل ان الرهن جائز في الحضر والسفر
جميعا فان رهنه عليه الصلاة والسلام في المدينة في حال اقامته بها بخلاف ما يقوله اصحاب الظواهر
ان الرهن لا يجوز الا في السفر لظاهر قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان
مقبوضة والتعلق بالشرط يقتضي الفصل بين الوجود والعدم ولكنا نقول ليس المراد به
الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاد الناس في معاملاتهم فانهم في الغالب يعملون الى الرهن
عند تعذر امكان التوثق بالكتاب والشهود والغالب ان ذلك يكون في السفر والمعاملة

[illegible]

كتاب الرهن

[illegible]

ويسمون

[illegible]

الظاهر من لدن رسول الله عليه الصلوة والسلام الى يومنا هذا بالرهن في السفر والحضر
دليل جوازه بكل حال وفيه دليل على ان المرتهن يكون احق بالرهن حال حيوة الراهن وبعد
وفاته فانه صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة ولو لم يكن المرتهن احق با[illegible]
الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول الله صلى الله عليه وسلم مرهونة وفيه دليل على
انه لا بأس برهن المسلم سلاحا من الذمي بدين عليه وفيه دليل على انه لا بأس بان الامام
والقاضي ان يباشر البيع والشرا بنفسه في غير مجلس القضا خلافا لما يقوله الشافعي وفيه
دليل على انه لا بأس ان يشتري الانسان شيئا بنسيئة وان كان يمكنه الشرا بالنقد فان
النبي عليه الصلوة والسلام اشترى طعاما بالنسيئة وان امكنه الشرا بالنقد بان يبيع
درعه ثم يشتري طعاما بنقد خلافا لما يقوله بعض المتقشفة فانهم قالوا يكره للانسان
الشرا بالنسيئة اذا كان قادرا على الشرا بالنقد كذا في المبسوط ولانه عقد وثيقة لجانب
الاستيفا اعلم ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفا لانه يجب اولا في الذمة
ثم يستوفى في المال بعد ذلك ثم الوثيقة بطرف الاستيفا الذي يختص بالمال جائزة
اعتبارا بطرق بل بالطريق الاولى اذ الاستيفا مقصود بالوجوب وسيلة لهذا المقصود
فلما شرعت الوثيقة في حق الوسيلة فلان تشرع في حق المقصود اولى الى هذا اشار شيخ
الاسلام رحمه الله قالوا الركن الايجاب بمجرده عن الدين قال شيخ الاسلام وقد
ذكرناه بتمامه وذكرناه في الايضاح والمغني قال محمد في كتاب الرهن لا يجوز الرهن الا
مقبوضا فقد اشار الى القبض شرط جواز الرهن ثم قال الشيخ الامام شيخ الاسلام
جواهر زاده الرهن قبل القبض جائز الا انه غير لازم وانما يصير لازما في حق الراهن
بالقبض فكان القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة والاول اصح ولنا ما تلونا
وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة فقد وصف الله تعالى الرهن بالقبض فيقتضي ان
يكون هذا وصفا لازما للرهن لا يفارقه كما وصف الله تعالى التجارة بالتراضي فصار
التراضي وصفا لازما وكما وصف الشهادة بالعدالة وهو وصف لازم فكذا هنا والمصدر
المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على
سفر فعدة من ايام اخر وقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة [illegible]
اي فليصم عدة من ايام اخر وليحرر رقبة مؤمنة ثم تسمية الرهان بطريق ان الرهان
جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال ذكره في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة
بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو حمل يحمل لتصحيح ما في الكتاب بقوله بدين
فرهن رهان مقبوضة وكان المصدر بحذوف يحمل الحدوث في منزلة التأنيث فقال
والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان اراد
المرهون به جائزا كالرهن يراد به المرهون حيث قال في الكتاب ولو هلك الرهن اي
المرهون فكذلك هاهنا ثم ان المرهون شيئا ويثبت السلعة او العين بقبيل مقبوضة
بالتأنيث كما يؤنث الصوت شيئا ويثبت الصيحة لكان وجها بعيدا ادى الاول ورود الالة
وفي الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله اعلم ثم لما كان معنى الامر على اي وجه كان دلالة
لم يعمل موجب الامر الذي هو اللزوم في حق نفس الراهن حيث لم يلزم الرهن على المديون
بالاجماع وجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة
بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب
فيصرف الى شرطه وهو المماثلة من اموال الربا فكذا هاهنا ولهذا لا يجبر عليه اي على عقد
الرهن كما في الوصية اي ان الوصية يحتاج فيها الى الامضاء وهو ان لا يرجع عنها وهاهنا
ايضا الرهن انما يكون بالقبض كما في الهبة او اراد به الوصية بالتبرع ثم يتملك فيه بالتخلية
وهو عبارة عن رفع المانع عن القبض موجب للضمان ابتدا اراد بابتدا الضمان هو ان لا يكون
مضمونا قبل العقد والرهن في يد الراهن ولم يكن مضمونا على الراهن حتى يكون [illegible]

للضمان

المقبوض مضمونا وبعضه غير مضمون بل امانة واما رجوع المرتهن بالدين والضمان جميعا عند
الاستحقاق فلاجل الغرور فالراهن هو المسبب بقبض المرتهن من حيث انه يصير موفيا دينه عند
هلاك الرهن فيصير المرتهن مغرورا من جهته من هذا الوجه والمغرور يرجع على الغار بما يضمن
وبالاستحقاق يعلم انه لم يكن رهنا فيرجع بدينه وفي مسألة شري المرتهن انما يصير المرتهن
قابضا بقبض الشري لان الشري يلاقي العين وقد بينا ان العين في حكم الامانة وقبض الامانة
دون قبض الشري فلذلك لا ينوب عنه واما قوله ان المقبوض بحكم الرهن الفاسد غير مضمون
قلنا لا نسلم بل هو مضمون عندنا فان المسلم اذا ارتهن من ذمي خمرا او عصيرا فتخمر في يده كان مضمونا
عليه اذا اهلكه وهو رهن فاسد واما المرهون باجرة النائحة والمغنية فلا عقد هنالك
لا فاسد ولا جائز لانعدام الدين اصلا وكذلك رهن المشاع فقد قامت الدلالة لنا ان يد
الاستيفاء التي هي موجب الرهن لا تثبت في الجزء الشائع فلهذا لا يكون مضمونا واما مسألة
الاجارة فان يد المستاجر بعد فسخ الاجارة ليست يد الاستيفاء لانها هي اليد التي كانت له قبل
الفسخ واما قبض العين المستاجر لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم
يصر مستوفيا بهلاك المال في يده واما اختصاصه به دون سائر الغرماء لانه لو كان مخصوصا
به قبل الاستيفاء المنفعة وبعد القبض يبقى الاختصاص في حق استيفاء الاجرة واما زوائد
الرهن كذلك الجارية المرهونة فانها امانة وان كان يد المرتهن على الزوائد يد استيفاء قلنا
انما كان هكذا لان اليد في حق الزوائد تثبت بحكم السراية من الاصل لا بالعقد وحكم العقد كما
يثبت في الزوائد بطريق السراية من الاصل لا يثبت فيها ضمان العقد وان كان يثبت فيها
حكم العقد كولد المبيعة قبل القبض يسري اليه حكم العقد وهو الملك حتى يثبت الملك فيه
للمشتري ولا يثبت ضمان العقد فيه حتى لو هلك في يد البائع لا يسقط بازائه شيء من الثمن واما
جواب النفقة على الراهن ان العين امانة على المرتهن ونفقة الامانة على صاحبه كذا في المبسوط طين
وستاتيك الفوائد في اثناء المسائل ومن الفوائد مسألة رهن المشاع فانه لا يصح عندنا
وعنده يصح بناء على هذا الاصل فان حكم الرهن لما كان عنده هو تعينه للبيع جاز رهن المشاع
لان المشاع غير مانع لجواز البيع بالاتفاق وكذا يجوز الرهن واما عندنا لما كان حكم الرهن
صيرورته محبوسا بدينه لم يصح رهن المشاع لان المهايأة مع الشريك تمنع الاحتباس على
الدوام ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وقوله مضمون على وجه التاكيد والا فجميع الديون
مضمون كذا في شرح الاقطع وقيل هو احتراز عن ضمان الدرك وفي المبسوط والرهن بالدرك
باطل لان الدرك ليس بمال مستحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن ولو هلك في يد المرتهن
لم يضمن لان ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب ولا يصح ان يقال
قوله مضمون وان كان لا يجوز اخذ الكفيل ببدل الكتابة لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء
والاستيفاء يتلو الوجوب فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء ليكون الاستيفاء مبنيا عليه
فان قيل الزيادات اذا دفع ثوبا الى رجل على ان يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنا
وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين وقبل وجود سببه فلا يكون الاستيفاء تاليا للوجوب
قلنا هو بعد وجود سببه لان القرض جعل من حيث الاعتبار سابقا عليه كما في قوله
اعتق عبدك عني على الف درهم يثبت البيع سابقا على العتق فاذا ثبت القرض سابقا
على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار ثم لا يشترط وجوب الدين على
الحقيقة لصحة الرهن لا محالة بل يكتفى بوجوبه ظاهرا بيانه في المسائل التي ذكرها
محمد رحمه الله في الجامع ممن حلف بها رجل ادعى على رجل الف درهم فجحد المدعى عليه ذلك فصالح
المدعى عليه من ذلك على خمسمائة على الانكار واعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن
عند المرتهن ثم تصادقا انه لا دين فان على المرتهن قيمة الرهن خمسمائة للراهن فلو لم
يأخذ حكم الرهن لما وجب عليه قيمة الرهن للراهن لانه اخذه باذن المالك فلا يجب الضمان
فلولا ان كان باعتبار الظاهر اولى لما كان مضمونا من اعتبار حكم الحقيقة حتى لا يصير

[illegible]

الرهن مضمونا لما قلنا ان قاعدة الشرع في بناء الاحكام على الظاهر لا على الحقائق والبواطن لان الاطلاع على الحقائق والبواطن لا يمكن واليه اشار في قوله عليه الصلوة والسلام انما اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر ومن جملته ان رجلا اشترى من اخر عبدا بالف درهم وسلمه ورهن بالثمن رهنا فهلك الرهن عند المرتهن ثم ظهر ان العبد حر او تحقق سقط على المرتهن الاقل من قيمة الرهن ومن الثمن لان الرهن حصل لدين واجب ظاهرا الا ترى ان قبل ظهور الحرية لو اختصم البايع والمشتري الى القاضي فالقاضي يقضي بالثمن وقد ذكرنا ان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا كذا في الذخيرة ويدخل على هذا اللفظ اي يشكل على قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الاعيان المضمونة بانفسها هي المغصوبة قيد بقوله بنفسها احترازا عن الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع فانه مضمون بغيره وهو الثمن وفي المبسوط اعلم ان الرهن بالاعيان على ثلاثة اوجه احدها الرهن بعين هي امانة وهو باطل لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة في العين مقصود عليه واستيفاء العين من عين اخرى غير ممكن والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب وهو صحيح لان موجب العقد رد العين ان امكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك يمكن استيفاؤه من مالية الرهن ولهذا يصح الكفالة بها اي بالاعيان المضمونة بنفسها ولهذا كان لا يجب الا القيمة ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض اي تعتبر قبض الغاصب المغصوب من المالك ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة بهلاكه اي بالعين المضمونة بهلاكه وقد ذكرنا ان الحوالة المقيدة بالعين على نوعين احدهما عين هو وديعة والثاني عين هو غصب ففي الوجه تبطل بالوديعة بهلاكها وعاد الدين الى المحيل لان الوديعة هلكت لا الى خلف وهو الضمان والضمان يقوم مقام المضمون فيجعل كان المغصوب قائم فبقي الحوالة لبقاء ما تقيدت به وهو مضمون اي الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين يوم القبض **قوله** رحمه الله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وفي بعض نسخ القدوري بالاقل بدون الالف واللام وهو خطا اي اعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو ويكون الاعلم غيرهما ولو قال بالاعلم منهما من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما وكله من التتمة له حديث علي رضي الله تعالى عنه يراد ان الفضل في الرهن والمراد ما يكون من الجانبين كما في حقيقة الاستيفاء اذا اوفاه الف درهم في كيس وجعله في الف يصير ضامنا قدر الدين لا غير والزيادة على قدر الدين امانة كذا هذا والزيادة مرهونة حتى لو امتنع حبس الدين الاصل بدونها لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة تؤدي الى الشيوع او نقول وهو الاصح والمذكور في مبسوط شيخ الاسلام وانما صارت الزيادة مرهونة لانه لا يمكنه حبس الاصل الا بحبس الباقي كما اذا رهن عبدا قيمته الفا درهم يوم الرهن بالف درهم ثم قتل خطا وقيمته يوم القتل الفا درهم فاخذ المرتهن الالفي درهم من القاتل واراد حبس الكل ليس له ذلك لانه امكنه حبس قدر الدين بدون الزيادة بخلاف ما نحن فيه ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فالرهن باق والضمان من المرتهن منتف على ما يجيء ان شاء الله تعالى والمراد بالمراد مما روي بحالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه ولو كان ناقصا يرد الراهن زيادة الدين وانما حملنا المراد على حالة البيع توفيقا بين حديث علي رضي الله عنه فانه يروى ايضا عن علي رضي الله عنه وهو ما روي محمد بن الحنفية عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنهما انه قال المرتهن امين في الفضل فقد ثبت بعض الروايات انه انما اراد بالمراد المراد في حالة البيع لا في حالة الهلاك كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله كما بيناه فيما تقدم اي في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي وقوله على التفصيل وهو ما فصل منه وهذا اي ترك الحق اذا اشتبه الحق بانه لا يعرف لونه

بالطلاق اما اذا اثبت بالبينة حبسه كما ظهر لظهور المطل لمكان جاد لا لاطلاق الامر حتى لو ثبت بالنقد لا يجوز بيعه بنفسه قال القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله اذا تعذر من الراهن ما يدل على النقد بان قال المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني ببيعه حتى اخرجه فباع بالبينة لا يجوز بمنزلة ما لو قال لعبيد مع عبدي فان احتاج الى النفقة ولو كان المرتهن هو العدل فاذن له الراهن ببيعه واستوف دينك من ثمنه فباع بالبينة لا يجوز بمنزلة كيف ما باع كذا في الذخيرة لانه لا قدرة على الاحضار لانه يبيع الرهن باذن الراهن فلم يكن للمرتهن قدرة احضار الرهن وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباع عند تسليط الراهن فلا يجب عليه التسليم الا ان يقبضه من مشتري الرهن كذا في زيادات الامام العتابي رحمه الله فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانه نقض الرهن وصار الرهن ثمنا بتراضيهما ابتداء بطريق الانتقال لحكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لا يسقط شيء من دين المرتهن فصار كانه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يد عدل كذا في زيادات الامام قاضي خان رحمه الله **فان قيل** لو رهن الدين ابتداء لا يصح **قلنا** نعم ولكن ينبغي حكم الرهن في ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيجب هذا الحكم في خلفه بقاء لا مقصودا او ذكر في الايضاح ولو باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن وصار الثمن هو الرهن مقبوضا كان او غير مقبوض لانه لما باعه صار ملك المشتري وخرج عن الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لان بقاء عقد الرهن في الدين لكونه قائما مقام المبيع ثم المرهون لو هلك يسقط الدين كذلك هاهنا الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن هذا استثناء من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين على تقدير جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لو كان كذلك لما كان له ولاية العقد باعتبار انه العاقد ولو تكلف اي تكلف المرتهن احضار الرهن لاستيفاء كل الدين نظمه لا استيفاء نجم يدخل هذا اذا ادعى الراهن هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيه واما اذا قال الراهن قد توى الرهن عند المرتهن فتستوفي دينه وليس عليه شيء من الدين وطلب من القاضي ان يامره بالاحضار ليظهر حاله يامره بالاحضار اذا كان في المصر الذي رهنه والى هذا اشار بقوله لاحتمال الهلاك ولو في زيادات العتابي فلو ان الراهن اراد ان يقضي بعض الدين هل يؤمر المرتهن باحضار الرهن في القياس لا يؤمر وفي الاستحسان يؤمر بالاحضار اذا كان في بلده لانه لا ضرر في الاحضار وفيه فراغ قلب الراهن ولكن لا يسلم اليه الا ان يقبض جميع الدين **فان قيل** قال العبد المقتول خطا حتى وجبت قيمته على عاقلته الى قوله لم يجبر الراهن على قضاء الدين ما لم يحصل القيمة من العاقلة لان العبد ما صار دينا بتسليط من جهة البايع الراهن بخلاف البيع على ما مر وكلما حصل من قيمته من العاقلة فللمرتهن ان ياخذه بحقه ان كان من جنس حقه دراهم او دنانير وان قضى بالاقل والغنم فله حبسه الى ان يقتضي حقه لانه قائم مقام الرهن ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره اي اذا قبض المرتهن الثمن يؤمر المرتهن باحضار الثمن لقيامه مقام العين اي لقيام الثمن مقام الرهن وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل فقضى بقوله هذا اشارة الى قوله تكلف الى استيفاء نجم قد حل اي في مسالة النجم لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حتى يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وما صارت قيمته بفعله وما نحن فيه اي ولم يصر الرهن عند قيمة بفعل الراهن بل بفعل الاجنبي فيما تقدم وهو بيع العبد والمرتهن اذا صار دينا بفعل الراهن لما قلنا اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا وان كان الرهن في يد المرتهن ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين اي اذا كان الرهن في يد المرتهن ليس على المرتهن ان يمكن الراهن من البيع وان كان يقول الراهن انما ابيع لاقضي دينك ولفظه الداري حتى يقضيه

الدين من قيمته ولو هلك قبل التسليم اي هلك المرهون قبل تسليم المرتهن المرهون الى الراهن
استرد الراهن ما قضاه من الدين **ما هلك** مشكل هذا في صورة الابراء والهبة وجواب
الاستحسان فانه اذا ارتهن عبدا وقبضه وقيمته الف درهم ثم وهب المرتهن المال للراهن
او ابراه منه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه
في الاستحسان مع ان قبض الرهن ثبت للمرتهن بدل الاستيفاء وتم ذلك بهلاك الرهن
فيصير وزانه مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء فيلزمه اسقاطه حقيقة بعد الابراء
في الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يلزمه رد المستوفي فيجب ان يكون ها هنا كذلك ولا يقال
لو وجب الضمان عليه ليس بالابراء بل بالاستيفاء بهلاك الرهن الا انه قبل الابراء كان بنوع
المقاصة وبعد الابراء لا يمكن اثبات المقاصة فيبقى المستوفي مضمونا عليه كما لو استوفاه
حقيقة بعد الابراء فانه يلزمه ضمان المستوفي والدليل على صحة هذا الاشكال انهما لو تصادقا
على ان لا دين بقي ضمان الرهن لبقاء القبض وان انعدم الدين **قلت** ان ضمان الرهن ثبت
باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء ولا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين
وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين
ينعدم بانعدام احدهما الا ترى انه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض وهذا بخلاف
ما لو استوفى الدين حقيقة لان هلاك الدين بالاستيفاء لا يسقط بل يتقرر فان ما هو
المقصود يحصل بالاستيفاء حصول المقصود بالشيء يقرره وينهيه واذا استوفى الدين حكما
في ضمان الرهن وهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين انه استوفى مرتين فيلزمه رد
احدهما واما بالابراء يسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام احد المعنيين واذا تصادقا
على ان لا دين فانا نسلم هذا فيما اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا
ظاهرا حين هلك ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا واما اذا
تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فانه هلك يهلك امانة لان
تصادقهما ينفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين والوجه الاخر
وعليه الاعتماد ان مقصود الراهن من تسليم الرهن الى المرتهن ان يبرأ عند هلاك
الرهن من غير ان يلزمه شيء اخر وقد حصل له هذا المقصود بالابراء قبل هلاك الرهن ولا
يستوجب عند هلاك الرهن شيئا اخر كمن عليه الدين المؤجل اذا عجل الدين ثم حل الاجل او
المال اذا عجل الزكاة ثم تم الحول لا يلزمه شيء اخر لهذا المعنى بخلاف ما اذا استوفى الدين
فهناك مقصوده لم يحصل لان ذمته انما برئت بما اعطى من المال واذا تصادقا على ان لا
دين له ثم هلك الرهن بعد ذلك لا يكون مضمونا لان مقصوده حصل بالتصادق حتى
لم يلزمه شيء اخر كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة اصل هذا فقال واذا ابرأ الراهن من
الدين من غير اداء ولا ايفاء اما بالهبة او بالابراء ثم هلك الرهن في يد المرتهن من غير
ان يمنعه عن الراهن هلك مضمونا عليه قياسا وفي الاستحسان يهلك امانة وهو احد
علمائنا الثلاثة واذا ابرأه الراهن بالايفاء ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك مضمونا
حتى يجب على المرتهن رد ما استوفى على الراهن والوجه في ذلك ان عقد الرهن عقد
استيفاء فان المرتهن بعقد الرهن يصير مستوفيا دينه بالعين في حق ملك اليد والحبس
ويتقرر الاستيفاء بالهلاك من وقت وجود القبض فاذا هلك الرهن بعد قضاء الدين يتقرر
الاستيفاء من وقت وجوده فظهر ان القضاء حصل بعد الاستيفاء من [illegible] فظهر بطلان القضاء
فاما الابراء مقتصر على الحال ولا يظهر انه كان قبل الاستيفاء فلا يظهر بطلان الاستيفاء
وقوله الا اذا رد على الراهن لا بالفسخ فلا يبقى لانه لو رده على الراهن على وجه العارية
لا يبطل الرهن لانه اي لان الرهن يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين اي معا اما لو بقي القبض
دون الدين او على العكس لا يبقى مضمونا لان كون الرهن مضمونا انما يثبت بعلة ذات وصفين
وهما القبض والدين فلا يبقى مضمونا باحدهما وقد ذكرناه وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن

لا باستخدام ولا سكنى ولما لم يمكن للمرتهن الانتفاع بالرهن من حيث الاستخدام والسكنى
ان لا يكون له الانتفاع بالوطء لو كان الرهن امة بالطريق الاولى لان امر الفرج اشد حرمة
ولكن مع هذا لو وطئها المرتهن على ظن انها تحل له يسقط الحد عنه لانه ثبت له ملك اليد
فيها بعقد الرهن وذلك مسقط للحد وكذلك لو استعار رجل امة ليرهنها فوطئها على ظن
انها تحل له يسقط الحد عنه ايضا لا رجعة فيها بطريق حق المرتهن فان له ان يقاص حق الرهن
بماليتها للمرتهن حتى استيفاء الدين من ماليتها وكما يسقط الحد عنه باعتبار هذا المعنى عن
المرتهن فكذلك عن الراهن ويكون المهر على الواطئ كذا في باب العارية في الرهن من رهن
المبسوط قال رحمه الله معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وفي وديعة الذخيرة وذكر
محمد رحمه الله معناه ان يكون ~~الولد~~ الولد ممن في عياله زوجته وولده واجيره الخاص الذي
استأجره مشاهرة ومسانهة ثم ذكر الحاصل ان العبرة في هذه المسألة للمساكنة ولا عبرة للنفقة
الا ترى ان المرأة اذا اودعت وديعة فدفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج
في نفقتها لانهما ساكنا معا الا ترى ان الابن الكبير اذا كان ساكنا مع المودع ولم يكن في نفقته
فخرج المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن علم ان المعتبر ما قلنا واجرة الراعي
ونفقة الرهن على الراهن فالقاضي يأمر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين للمرتهن ان يحبس
الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن وهذا قول زفر رحمه
الله وقال ابو يوسف رحمه الله ليس له ان يحبس بالنفقة واذا هلك في يد المرتهن فالنفقة
دين على الراهن بحاله كذا في الذخيرة ومن هذا الجنس اي ومن جنس ما يحتاج اليه من المصلحة
الرهن وتبقيته بكل ما كان يحفظه اي يحفظ الرهن برده الى يد الراهن كرد الابق او كرد
جزء منه كمداواة الجرح لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه وهذا ذكر في شرح الطحاوي دي
حفظ المرهون على المرتهن حتى ان الراهن لو شرط للمرتهن شيئا لا يصح ولا يسعه بخلاف
الوديعة فان المودع اذا شرط للمودع شيئا على الحفظ يصح ومن هذا القسم جعل الابق ان من
القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن ومداواة الجراح الى قوله ينقسم على المضمون والامانة
لانه ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن وما كان من حصة الامانة فعلى الراهن لان
المرتهن في حصة الامانة مودع ونفقة الوديعة على المودع لتعلقه بالعين
بخلاف حق المرتهن فان حقه متعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين
مقدم على المالية فلذلك ما يتعلق بالعين كان مقدما على ما يتعلق بماليته ولا يبطل الرهن



في الباقي انما ذكر هذا لنفي شبهة ترد على قوله لتعلقه بالعين يعني لما كان العشر متعلقا
بعين الخارج والخارج عين الارض فكان الاستحقاق بالعشر بمنزلة الاستحقاق في بعض
الارض والاستحقاق في بعض الارض يبطل الرهن لثبوت الشيوع في الرهن فكذا الاستحقاق ق
في العشر وصورة المسألة ما اذا ارتهن الرجل ارضا فيها نخل وشجر وزرع وارتهن ذلك
معها وهو من ارض العشر فاخذ السلطان العشر من الغلة فانه لا يسقط شيء من الدين
لان الراهن بقدر العشر من الغلة قضى حقا واجبا عليه فلا يجوز ان يسقط به الدين
اذ لو سقط به الدين ادى الى ان يصير قاضيا بمال واحد حقين الدين والعشر وهذا لا يجوز
ولا يبطل به الرهن فيما بقي وليس هذا بمنزلة نصيب يستحق لانه متى استحق قدر العشر
من الرهن ظهر ان الرهن لم يصح في قدر المستحق لانه ملك الغير واما فيما وراءه وما
وراءه مشاع ورهن المشاع باطل واما باخذ العشر لم يظهر ان الدين فانه لم يكن مستحقا
على قدر العشر لان قدر العشر كان ملكه الا ترى انه لو باعه جاز البيع ولو ادى
العشر من موضع اخر جاز ونفع الرهن في الكل ثم خروج هذا الجزء باخذ السلطان والباقي
مقسوم فلم يتمكن الشيوع في الرهن طارئا ولا مقارنا كذا في المبسوطين وانما جعلت
الخارج من الارض المرهونة في حكم الرهن لان الخارج متولد من الارض فاخذ حكمها كولد المرهون
فهو متطوع كان قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الاخر بامر القاضي يجب

عليه على الآخر عليه بمجرد أمر القاضي لا يرجع عليه ما لم يجعل دينًا عليه على ما هو المذكور في
الرحى وقال لما اتفق المرتهن على الرهن والراهن غائب فهو منه تطوع فإن أمره القاضي
أن ينفق عليه ويجعل دينًا على الراهن فهو دين عليه ثم قال بعد أشياء وعلى أنه بمجرد
أمر القاضي لا تصير النفقة دينًا على الراهن حتى قال ويجعله القاضي دينًا عليه قال
شمس الأئمة وهكذا نقول في كتاب اللقطة وأكثر مشايخنا على هذا أنه لا بد من التنصيص
على أنه يكون ذلك دينًا عليه قال شمس الأئمة وهكذا لأن أمر القاضي في هذا الموضع كان
للإلزام المأمور شيئًا فإنه لا يلزمه بالاتفاق أن الأمر بذلك مرة يكون للأمر بالإنفاق
حسبة ومرة يكون للأمر بالإنفاق لأن يكون دينًا له عليه فعند الإطلاق لا يثبت إلا أدناهما فلا
يثبت دينًا إلا بالتنصيص عليه **فإن قلت** ما الفرق بين هذا وبين صاحب العلو
إذا انهدم السفل فإن هناك في الرجوع على صاحب السفل لا يتوقف على الجعل دينًا
والأمر بل يرجع إلى صاحب السفل بما اتفق في بناء السفل وإن لم يأمر القاضي بالإنفاق
قلت إنما نشأ الفرق بينهما من حيث إن صاحب العلو مضطر في بناء علوه سواء كان صاحب
السفل حاضرًا أو غائبًا لأنه لو رفع الأمر إلى القاضي إن كان صاحب السفل حاضرًا لا يجبره
على البناء إذا انهدم بنفسه وإن كان غائبًا لا يأمر بالبناء ولم يكن لصاحب العلو
في إصلاح حقه طريق سوى البناء بخلاف ما نحن فيه فإن الراهن إذا كان حاضرًا فالمرتهن
بالإنفاق غير مضطر لأنه إذا رفع الأمر إلى القاضي فالقاضي يأمر الراهن بالإنفاق وإن
كان غائبًا يأمر المرتهن بالإنفاق عليه لم يرجع عليه بما أنفق إذ إلى القاضي النظر للغائب
كذا في مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله وبنى فرع مسألة الحجر مذهب أبي حنيفة رحمه الله
أن القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه في الإيضاح لعين عند أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله لما تعذر حجر القاضي على الحر كان نافذًا حال غيبته وحضرته وعند أبي حنيفة رحمه الله
لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجورًا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته
لأن فيها ضرورة والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب وبه التوفيق والإعانة

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز إذ
التفصيل إنما يكون بعد الإجمال ولا يجوز رهن المشاع سواء كان مشاعًا يحتمل القسمة أو لا يحتمل
وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه والشيوع الطارئ يبطل الرهن وهو الصحيح وصورته
أن يرهن جميع العين ثم يتفاسخا العقد في النصف أو ما أشبه ذلك ثم ذكر أن رهن المشاع
لا يجوز ولم يتعرض على أنه فاسد أو باطل وفيما أشار إليه في الرحى والمغني دليل
على أنه فاسد لا باطل فالمقبوض بحكم الرهن الفاسد يتعلق به الضمان وهو الصحيح
والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلاً لأن الباطل من الرهن ما لم يكن
منعقدًا أصلاً كالباطل من البيع والفاسد منه ما يكون منعقدًا لكن يوصف بالفساد
كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالاً والمقابل له يكون مالاً مضمونًا
وهو شرط جواز الرهن ثم قال ففي كل موضع كان الرهن مالاً والمقابل به مضمونًا
إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد
لانعدام شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضمونًا لا ينعقد
الرهن أصلاً وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز وإنما لم يذكر دليله في الكتاب لأن
أصل دليله ومعظمه قد علم وقد ذكر دليلنا وهو قوله وعندنا المشاع يقبل ما هو الحكم
عنده وهو تعينه للبيع فإنه يقول المشاع عنده يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم وهذا
أي ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن على ما سيأتي وصفة الحابس الاستيفاء ويد الاستيفاء
في الجزء الشائع لا يتصور لأن اليد حقيقة لا تثبت إلا على جزء معين وإذا كان المرهون جزءًا شائعًا
لم يثبت حكم الرهن إنما يكون عند النقل جميع العين أو عند نقل جميع العين حقيقة ونصفه

العين

العين ليس بمعقود عليه وإذا كان موجب العقد لا يتحقق إلا باعتبار ما ليس بمعقود عليه
لا ينعقد العقد أصلاً كما لو استأجر أحد زوجي المقراض بعينه لقرض الثياب وبهذا تبين
أن العين كان مما هو موجب الرهن غير محتمل للتجزي وعند إضافة العقد إلى النصف
لم يثبت في كله لأن ذكر النصف هاهنا ليس بعبارة عن الكل بالاتفاق فيبطل العقد
أصلاً **فإن قيل** كيف يستقيم هذا وموجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن في المشاع
لا يمنع الاستيفاء حقيقة فإن من كان له على غيره عشرة فدفع إليه المديون كيسًا فيه عشرون
درهمًا يصير مستوفيًا حقه منه فيصير مستوفيًا حقه من النصف شائعًا فإذا كان الشيوع لا
يمنع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع يد الاستيفاء **قلت** موجب حقيقة الاستيفاء ملك
العين المستوفى واليد تبع في الملك والشيوع لا يمنع الملك لما هو الموجب لكن إثباته
في الجزء الشائع هناك وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء فقط وذلك لا يتحقق في الجزء الشائع
وبهذا الطريق سوينا في حكم الرهن بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتمل بخلاف الهبة
فإن موجب العقد هناك الملك والقبض شرط تمام ذلك العقد فيراعى وجوده في محل
بحسب الإمكان ولهذا لا يجوز رهن المشاع من الشريك أيضًا لأن موجب العقد لا يتحقق فيما أضيف
إليه العقد سواء كان العقد مع الشريك أو مع أجنبي كذا في المبسوط وهذا الاستيثاق من
الوجه الذي بيناه وهو قوله ولكون عاجزًا عن الانتفاع فيسارع إلى قضاء الدين
لحاجته أو لضجره وكل ذلك أي من هذه الأشياء الثلاثة أحدها يبنى على حكم الرهن فإنه
عنده ثبوت يد الاستيفاء وقوله والثاني أن موجب الرهن الحبس الدائم والشيوع
الطارئ صورته ما ذكرنا أن يرهن جميع العين ثم يتفاسخا في النصف وإذا باع الراهن
العدل ببيع الرهن وعلى هذا الوجه الثاني وهو قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس
الدائم أي لا يجوز رهنه من شريكه على الوجهين جميعًا وفي الإيضاح ورهن المشاع من
الشريك لا يجوز لما ذكرنا أن الشائع ليس بمحل لحكم الرهن لأنه لا يقبله ولأنا إذا جوزنا
من المالك يسكن يومًا بحكم الملك ويومًا بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يومًا ويومًا لا وعن
أبي يوسف أنه لا يمنع أي الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة لأن
حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء ألا ترى أن معتدة الغير لا يجوز أن يكون محلاً للنكاح ابتداء
ويبقى النكاح وكالشيوع الطارئ في الهبة فإنه يمنع ابتداء الهبة ولا يمنع بقاءها فكان
في معنى الشائع لأنه لا يمكن حبسه إلا بمنع فإن بينهما اختلاطًا وامتزاجًا ولم يكن المرهون
وحده فإن الحيلة لأن النخل اسم للنابت ألا ترى أن بعد القلع يكون جذعًا فكأنه استثنى
الأشجار بمواضعها من الأرض وإنما تناول عقد الرهن ما سوى ذلك من الأرض وهو
معين معلوم بخلاف البناء فإنه اسم لما يكون مبنيًا دون الأرض فيصير رهنًا جميع الأرض
وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لما ذكر في الكتاب ويدخل تبعًا
تصحيحًا للعقد لأنه لو لم يدخل الثمرة في رهن النخل كان في رهن المشاع مع أن الثمر لو دخل
في الرهن لا يكون على الراهن كثير ضرر لأن ملكه لا يزول بخلاف البيع حيث لا يدخل الثمار
هناك في بيع النخيل إلا بالذكر لأن تصحيح عقد البيع في النخيل بدون الثمار ممكن لأن
الشيوع الطارئ أو المقارن غير مانع لصحة البيع **فإن قيل** ليس أنه لو رهن دارًا فيها متاع
بأمتعة الراهن لا يصح الرهن ولا يقال هناك لما لم يصح تصحيح هذا العقد إلا بإدخال الأمتعة
ينبغي أن يدخل الأمتعة في الرهن لتصحيح العقد كما دخل الثمار في رهن النخيل لتصحيح العقد
قلت لا اتصال للأمتعة بالدار ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو منها أو فيها
لم يدخل الأمتعة ولما لم يكن لها اتصال لم يحتج إلى إيصالها حتى يصح العقد بخلاف الثمار
وهي متصلة بالنخيل والاتصال هاهنا من وجه صادق كأنها من النخيل ألا ترى أنه
لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها يدخل الثمار فاحتيج إلى إدخالها لاتصالها خلقة
إلى هذا أشار في المبسوط وذكر في الإيضاح الفرق بينهما فقال الزرع والرطب للأرض والنخل

الا ان هذه الشبعة ليست بلازمة لانها للقطع فجاز ان تحلج الرهن واما المتاع فليس
تابع لوجه ما فلا يدخل من غير تسمية ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتدا الرهن عليه
وحده بقي رهنا بحصته وهو ما اذا بقي الباقي شيئا معينا غير مشاع والا بطل كله يعني اذا
بقي الباقي شايعا والدليل على ما قلنا من التفسير ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوط
حيث قال واذا ارتهن الرجل دارا او ارضا وقبضها ثم استحقت منها طائفة هل يبطل الرهن
فيما بقي فهذا على وجهين اما ان يستحق من الرهن بعض بعينه او بعض بغير عينه شايع فان
استحق بعض من الرهن والباقي من الاشيا وقع شايعا فرهن المتاع باطل الا ترى انه لو كان
مكان الرهن هبة والمسالة بحالها يبطل الهبة في الباقي فلان يبطل الرهن لان الرهن
اضيق جوازا من الهبة حتى لم يجز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة وجازت الهبة واذا كان
الهبة تبطل فلان يبطل الرهن اولى وان استحق بعض منها بعينه بقي الرهن في الباقي
جايزا الا انه بالاستحقاق ظهر انه رهن الباقي من الاشيا ورهن الباقي من الاشيا
جايز لانه رهن مقسوما فكذا هاهنا ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة
وفي الايضاح روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا رهن دارا وهما في جوفها
وقال سلمت ذلك لم يتم الرهن حتى يقول الراهن بعدما خرج من الدار سلمتها اليك لان
الراهن اذا كان في الدار فليس بمسلم فاذا خرج يحتاج الى تسليم جديد لانه شاغل لها كشغل
بالمتاع حتى قالوا لو جعل فيه من غير ذكر يعني فالوا ضمن رهن دابة عليها سرج او لجام
دخل ذلك في الرهن كذا في الايضاح مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر فان الاعيان
في هذه الاشيا مضمونة بانفسها فانها اذا هلكت يجب مثلها ان كان له مثل وقيمتها
ان لم يكن له مثل ثم اذا هلك الرهن والعين المضمون قائم في يد الراهن يقال
له سلم العين الذي في يدك وخذ من المرتهن الاقل من الدين ومن قيمة الرهن لان
الرهن مضمون عندنا كذلك وان هلك العين المضمون قبل هلاك الرهن يصير الرهن
رهنا بقيمة العين المضمون فاذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة
الرهن الذي كان رهنا كذا في التحفة والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة
اعلم ان ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فاذا اخذ المشتري من البايع
رهنا بالثمن بما يلحقه من الدرك كان رهنا باطلا لان الرهن للاستيفا حكما ولا استيفا
قبل الوجوب **فان قيل** ما فائدة ضمان الدرك من البايع للمشتري بل لا فائدة فيه لان
المشتري اذا استحق فالمشتري يرجع على البايع بالثمن سوا ضمن البايع الدرك او لم يضمن **قلت**
فائدته فانه قال القاضي اذا قضى بثبوت الملك للمستحق ليس للمشتري الرجوع على البايع اذا لم
يضمن الدرك ما لم يقض القاضي بالرجوع عليه او بفسخ البيع بينهما هكذا ذكر في الفصل الثاني
من فصول الاستروشني وقال فيه قال شمس الايمة الحلواني رحمه الله والصحيح من مذهب اصحابنا
ان القضا بالمستحق لا يكون فسخا للبياعات كلها ما لم يرجع كل واحد على بايعه بالقضا وذكر في
الزيادات اذا استحق المبيع هل ينفسخ البيع روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا ينفسخ
لم ياخذ العين بحكم القاضي الا اخذه بحكم القاضي دليل النقض وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ
ما لم يفسخ وهو الاصح ومنها ايضا واذا استحق المشتري فاراد المشتري نقض البيع من غير
قضا ولا رضى البايع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة من البايع على النتاج او على التلقي
من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فلزم العجز فينفسخ واذا كان هكذا كان في ضمان البايع
الدرك للمشتري فائدة لان المستحق اذا اثبت بالبينة ان المشتري ملكه ليس للمشتري الرجوع بالثمن
على بايعه ما لم يقض القاضي اذا لم يضمن البايع الدرك اما اذا ضمنه يرجع عليه قبل قضا القاضي
بفسخ البيع مرضوبة كذا ذكر في الكتاب بان الرهن بالدرك باطل وحله ان يبيع شيئا وسلمه الى المشتري
فخاف المشتري الاستحقاق فاخذ من البايع رهنا من الثمن اذا درك فيه من درك كان باطلا حتى
لو هلك حبس الرهن استحق البيع اولا ولو هلك هلك امانة لان عقد الرهن استحق استيفا رهنا

لا

[illegible]

[illegible]

[illegible]

جعل المرتهن مستوفيا اعتبارا للصحة والجودة لكان الربا فيجب القيمة من خلاف
الجنس بيان هذا الاصل فيما اذا ارتهن من اخر قلب فضة وزنه عشرة بعشرة ثم هلك
القلب سقط جميع الدين بالاجماع وان كان قيمة القلب بردائته فهلك القلب فعلى
قول ابي حنيفة رحمه الله سقط جميع الدين وعندهما يغرم المرتهن قيمته من خلاف الجنس
ولا يهلك بالدين وفي المبسوط واذا ارتهن بحق قلب فضة فيه عشرة دراهم فهذه
المسألة على ثلاثة اوجه اما ان يكون قيمته مثل وزنه عشرة او قيمته اقل من وزنه
ثمانية او قيمته اكثر من وزنه اثنا عشر فكل وجه من ذلك على وجهين اما ان يهلك
القلب او ينكسر اما اذا كانت قيمته مثل وزنه فان هلك القلب سقط حق المرتهن
لان في وزنه وقيمته وفاء بالدين فيصير المرتهن مستوفيا كل حقه بهلاكه وان انكسر فعلى
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يضمن المرتهن قيمته ان شاء من جنسه وان شاء من
خلاف جنسه لانه لا يمكن فيه الربا ويكون ما ضمن رهنا عنده الى ان يحل الاجل فيستوفي
منه قصاصا من حقه والمكسور مملوك له بالضمان وعند محمد رحمه الله يخير الراهن
ان شاء سلم المكسور للمرتهن بدينه وان شاء افتكه بقضاء الدين الى الاجل لانه لا يتوفر
له حرطوم كذا في المغرب هذا الجواب اي قوله بهوتا فيه اي في ذلك الرهن ضائع بعض بلله
دين المستقرض الذي في ذلك الرهن او فيهما هالك بالدين كله في الوجهين اي فيما اذا
كانت قيمته اكثر من وزنه وهو على هذا الخلاف المذكور اي عند ابي حنيفة رحمه الله يهلك
بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض
القبض ويجعل مكانه اي ويصار تملكه اي ثم يجعله الراهن بقضاء الدين فيتملكه
اي فيملك الراهن ذلك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول وفي بعض الحواشي
ثم يملكه اي ثم يملكه المرتهن **قلت** وهذا لا يصح وذلك لان تملك
المرتهن اياه لا يخلو اما ان يجعل ذلك المضمون رهنا مكان الرهن الاول وان جعله
رهنا ثم يتملكه لا يصح لان ذلك حكم جاهلي على ما جيء تقريرها بقوله وان جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي ولو قلنا بانه يملكه قبل ان يجعله رهنا كان
مخالف الرواية المبسوط شيخ الاسلام بقوله في هذه الصورة وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله يضمن الراهن ان يضمنه من قيمته بخلاف جنسه ويكون القيمة رهنا عنده
تجعلها الى ان يستوفي دينه وقوله واستيفاء الجيد بالردي جائز وكذا وقع في النسخ
ولكن الاصح ان يقال ولا استيفاء الجيد بالردي جائز واما قلنا ان هذا اصح بوجهين احدهما ان
الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به اي في بدل الصرف والسلم مدون اذ الاصح ان يقال
واستيفاء الردي بالجيد ان التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولاني
وهو ان استيفاء الجيد بالردي لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشيء اخر والنا
الاستدلال موضع المسألة فان وضع المسألة فيما اذا استوفى المرتهن لعشرته قيمة ازيوف
هي اقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيد وقد حصل
الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفاء من وجه وانما يتقرر هذا
الاستيفاء برد الرهن على الراهن ولم يرد بل هلك فكان الاستيفاء حاصلا بالهلاك
بالاجماع لانه لا بد له من مطالب ومطالب ولا مطالب هاهنا لانه لو كان هو الراهن
او المرتهن ولا يجوز ان يكون الراهن هو المطالب للعشرة بعدما قضى دينه بالردي لان ذلك
نقض ولا سمعه ولا يجوز ايضا ان يكون هو المرتهن لان المرتهن مطالب فلا يصح ان
يكون مطالبا للمنازع فيه ايضا يلزم تضمين الانسان لملك نفسه لنفسه ولا نظير
له في الشرع وذكر في المبسوط وابو حنيفة رحمه الله يقول ضمان الرهن ضمان استيفاء
والاستيفاء يكون بالوزن وفي القلب وفاء بالدين فيجعل مستوفيا كل حقه على معنى انه
لما انتقض الرهن فمع علمه بهلاك الرهن يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن

فكانه رضي بدون حقه في صفة الجودة والعرف الجاري على تعذر ان هذه المسالة بناء على
تلك المسالة وهو مسالة الجامع الصغير انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها اي ان رب
الدين قبض الزيوف لم يكن تلك الزيوف بعينها مقام ما له من الدين والزيادة ثم يتم الاستيفاء
فيتم الاستيفاء ويكون بالهلاك واما في الرهن فالذي اخذه المرتهن رهنا ثم اخذه عينه
مقابلة دينه لكن اخذه ليستوفي دينه من محل اخر فكان موقوفا بلا يرده بالضمان واخذ
مثل حقه واما وجه بناء هذه المسالة على تلك المسالة لما ذكر في المبسوط فقال ذكر
قول محمد رحمه الله في تلك المسالة كقول ابي حنيفة رحمه الله قال عيسى هو قوله الاول اما
قوله الاخر فكقول ابي يوسف على قياس ما ذكره في كتاب الرهن اذ لا فرق بين الفصلين
فان الرهن مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء وهناك اذا
تعذر رده بالهلاك سقط حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله لكان الجودة فلذلك
في الرهن وعند محمد هناك يضمن مثل المستوفى ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة
حقه في الجودة فكذلك في الرهن فان قال كيف يستقيم هذا البناء وهناك عند القبض
لو كان عالما بصفته المستوفى سقط حقه عنده حقيقا وهنا عند قبض الرهن وهو عالم
برداءة المقبوض قلنا نعم ولكنه عند قبض الرهن ما كان يعلم انه كان يهلك في يده فيصير
مستوفيا به حقه وانما يتم الاستيفاء هنا عند هلاك الرهن فبمجرد قبض الرهن لا يتم رضاه
بسقوط حقه عن الجودة عند ذلك بمنزلة ما لو قبضه للاستيفاء حقيقة ولا يعلم انه دون
حقه في الجودة وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه وجه البناء وقال وجهه كونه
فرعا لتلك المسالة ان المرتهن يصير مستوفيا بهلاك الرهن فيعتبر بما لو استوفى في
حقيقته ولو استوفى في حقيقته ثم علم ان قيمته كانت اقل من حقه لا يكون له نقض الاستيفاء
ورد المثل والرجوع بالجياد على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وكذلك اذا استوفى حكما وهلاك
المستوفى في عين الرهن من الوجه الذي ذكرناه وثم لو يوجد عند ابي حنيفة وابي يوسف
لا يجبر على الفكاك بل يضمن المرتهن قيمته ان شاء من خلاف جنسه وان شاء من جنسه لانه لا يمكن
نقض الربا او يكون ما ضمن رهنا عنده الى ان يحل الاجل كذا في المبسوط **قوله** رحمه الله
لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين الى اخره **فان قلت** ما وجه تخصيص
هذا التعليل بهذا الحكم بل هذا التعليل يصلح علة لعدم سقوط شيء من الدين لانه لو سقط يصير
مستوفيا الدين بمقابلة الجودة لا يصلح لعدم الجبر على الفكاك وهذا لا مطابقة بينهما كما ترى
قلت نعم كذلك لو اجريناه على ظاهره لكن لابد من الاخذ في توجيه المطابقة وهو ان
يقال لا يجبر على الفكاك لانا لو قلنا بالجبر على الفكاك يلزم الخلو عن احد الوجهين اما ان يجبر على
الفكاك ببعض الدين او بكله لا وجه الى الاول لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين الى اخره
فلذلك لا يجبر على الفكاك فكان هذا الحكم نتيجة هذا التعليل بهذا الطريق والدليل على
صحة هذا ما ذكره في الزيادات ان الرهانة تعود له والقلب اذا انكسر لا يسقط شيء من الدين لانه
لو سقط يصير مستوفيا الدين بمقابلة الجودة والجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية ولا يجبر
الراهن على الفكاك لانه يؤدي الى الاضرار به لما فيه من الضرر بالرهن ان شاء امسكه بما فيه
اي بالدين الذي في ذلك المكسور وهو جميع الدين وهذا لانه لما تعذر الفكاك وهو لانه
لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين والى ان يفكه مع النقصان لما مر فتعذر الفكاك اصلا
وصار بمنزلة الهلاك ثم قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا
بالقيمة لا ان يملك المرتهن عين الرهن بالدين ولكن يضمن القيمة لانه لا يتوصل الى استيفاء
حقه الا باداء الضمان وهذا امر مشروع الا ترى ان محمدا رحمه الله واتفقنا انه يجب الضمان
اذا كان يؤدي الى الربا او الى الضرر كما في الوجه الثالث كذا في الايضاح وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا للمرتهن عند ... ظاهر كما اذا كانت قيمته
مثل وزنه وحالة الانكسار على ما مر والهلاك عنه بالقيمة اي وهنا الفصل وفي ما اذا

قال لكن جاء هذه المسالة وجدها هنا الرضا من الراهن وانه بالاستيفاء للمرتهن ملك صح

كانت

كانت قيمة القلب اقل من وزنه مضمونا بالقيمة دون الدين فلذلك عند الانكسار وانما
يضمن قيمته من خلاف جنسه للتحرز عن الربا كذا في المبسوط فان كان باعتبار الوزن
كله مضمونا يجعل كله مضمونا وهو فيما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين وان كان
بعضه فبعضه يعني ان كان بعض الرهن مضمونا كان ذلك البعض مضمونا لا اكثر ابد عليه
وهو فيما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فحينئذ ينقسم الجودة على المضمون
والامانة فما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونا وما كان بمقابلة الامانة يكون
امانة وفيما نحن فيه كان كله مضمونا لان وزن الرهن مثل وزن الدين فكان كله مضمونا
وحاصله ان الابريق المرهون او القلب المرهون لما كانت قيمته زائدة على الدين مع الاتحاد
في الوزن صارت الزيادة مضمونة ايضا تبعا للوزن عند ابي حنيفة رحمه الله لان
الوزن اصل والصناعة تبع لان الوزن يقوم بدون الصناعة والصناعة لا تبقى بدون
الوزن فكانت الصناعة تبعا للوزن كالاطراف تبع للرقبة لان الرقبة تبقى بدون
الاطراف والاطراف لا تبقى بدون الرقبة فثبت ان الصناعة تبع للوزن وجميع الوزن
صار مضمونا لان الوزن عشرة والدين عشرة فاذا صار جميع الوزن مضمونا صارت
الصناعة مضمونة تبعا للاصل لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل فصار الكل مضمونا
وحالة الانكسار ليست بحالة استيفاء الدين عنده فيكون ضامنا جميع القيمة من خلاف
جنسه كما في المغصوب وروى بشر عن ابي يوسف رحمه الله مثل هذا واما ظاهر المذهب
عند ابي يوسف رحمه الله ان المرتهن يضمن خمسة اسداس القلب من خلاف جنسه
ويصير سدس المكسور بحصته من المضمون ويكون مرهونا عنده وخمسة اسداس القلب فيكون
مملوكا له بالضمان وانما يعتبر التحرز عن الشيوع في الرهن وقد بينا ان الشيوع الطارئ
في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن وهذا لان من اصل ابي يوسف رحمه الله ان الضمان
والامانة تشيع في الوزن والجودة لان للجودة والصنعة حكم المالية مع الاصل
وهذا يعتبر من الثلث في القلب الموصى به ... مثل وزنه
اجود ويجعل محاباة بالجودة والصنعة محاباة بالوزن واذا ثبت هذا قلنا
خمسة اسداس القلب يصير مضمونا بجودته وصنعته وسدسه امانة والمعتبر بالانكسار
فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر في حالة الانكسار ليس بحالة الاستيفاء
فيضمن قيمة خمسة اسداسه من خلاف جنسه كذا في المبسوطين وفي تصرف
المريض حتى اذا باع المريض قلبا وزنه عشرة قيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري
بلا تخيير وجه من الثلث وفي بيان قول محمد نوع طول وهو ان عند محمد ان انتقص بالانكسار
درهم او درهمان يجبر الراهن على الافتكاك بقضاء جميع الدين وان انتقص اكثر من ذلك
يخير الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين لان
من اصله ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة تابعة للوزن
وصفة الامانة في المرهون لذلك فيجعل الاصل مقابلا بالاصل والتبع مقابلا بالتبع
وهذا لان الصنعة مال من وجه كما فرق ابو يوسف رحمه الله انها مال تبعا للاصل
ولكن ليس بحكم المالية والتقوم مقصودا عن الاصل كما ان حكم الرهن كما هو امانة
ثابت من وجه وهو الحبس بالدين وليس بثابت في حكم الضمان فاذا كانت امانة هاهنا
يحكم للجودة والصنعة قلنا اذا لم ينتقص بالانكسار اكثر من درهمين فالقلب كان
امانة فيجبر الراهن على الفكاك وان انتقص اكثر من ذلك فقد فات شيء من المضمون وحالة
الانكسار عند محمد رحمه الله تعتبر بحالة الهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا
دينه فكذا عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويخير الراهن كما بينا كذا في المبسوط وحاصله
ان محمدا رحمه الله انحصر وجوب الجبر على الفكاك عند عدم ازدياد النقصان في الدرهم المضمون
وهو العشر واذا لم يزد النقصان على الدرهمين يقع النقصان في الامانة فيقع المرهون

المضمون على حاله يصير الراهن على الفكاك كما لو لم ينتقص منه شيء الى هذا اشار شيخ الاسلام رحمه الله في المبسوط وقال محمد رحمه الله يقول بان الانكسار متى لم يوجب نقصانا من العشرة لم يعتبر شيء من المضمون واذا لم يعتبر شيء من المضمون يجبر على الفكاك كما قبل الانكسار والحاصل لم يعتبر من المضمون شيء لان الرهن حصل بما بقي من الدين ويزيد عليه فان الدين عشرة وقيمة الرهن اثنا عشر وفي الوزن وفاء بالدين فانه وزنه عشرة والدين عشرة واذا كان في الوزن وفاء بالدين يصرف الدين الى الوزن لا الى الصياغة لان قضاء الدين مصروف الى الوزن فيكون الصياغة فارغة عن الدين فكان امانة فاذا اوجب الكسر من النقصان مقدار الصياغة لا غير كان الفائت بالانكسار مقدار الامانة فاذا اوجب الكسر من النقصان مقدار الصياغة لا غير كان الفائت بالانكسار قدر الامانة والمعتبر في الامانة لا يثبت للمالك خيارا الا اذا زاد النقصان على قيمة الصياغة فلان الفائت بعض الوزن والمعتبر في المضمون يثبت للراهن خيارا ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري الى اخر هذه المسائل المذكورة في باب البيوع اذا كان منها شرط من بيوع المبسوط شيئا بعينه فقد بدأ بانه لو لم يكن المرهون معينا كان العقد فاسدا قياسا واستحسانا كذا في المبسوط وقوله فقبل اي فيقبل الكفيل الكفالة وانه شرط لا يقتضيه العقد فيه لانه لو كان شرطا يقتضيه العقد وهو الشرط الذي يجب بالعقد من غير شرط وهو غير مفسد للعقد كما اذا شرط على البائع تسليم المبيع الى المشتري او المشتري او شرط على ان المشتري تسليم الثمن الى البائع وفيه منفعة لاحدهما اي للبائع انه شرط ملائم للعقد يعني به انه مؤكد موجب العقد وذلك لان المقصود بالكفالة التوثق بالثمن فاشتراطها في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن ولو اشترط في البيع ثمنا جيدا كان البيع جائزا فكذلك في اشتراط الرهن لان المقصود بالرهن الاستيفاء فانه موضوع لثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن يلائم العقد ثم لو ابى المشتري ان يرهنه ما سمى لم يجبر عليه لان تمام الرهن بالقبض ولم يوجد القبض وعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله يجبر عليه لانه تمام الرهن بالقبض لازم فيصير لازما به مستحقا كالعدل في الرهن اذا سلط على البيع كان مجبرا عليه ولا يملك الراهن عزله بخلاف الوكيل بالبيع مقصودا ولكنا نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلابد من اتمامه من ايجاد شرط العقد واتمامه بالقبض فما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن الا ترى ان يد الاستيفاء لا يثبت له الا بالقبض فكذلك اشتراطه في العقد ولا يلزمه بالقبض ولكن ان ابى المشتري ان يرهنه فللبائع ان يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا فاذا لم يتم رضاه كان له ان يفسخ كذا في المبسوط ومن اشترى شيئا بدرهم فقال للبائع امسك هذا الثوب اي ثوبا اخر غير المبيع كذا ذكر في بعض الحواشي ولكن الامام المرغيناني رحمه الله ذكر في الجامع الصغير اشترى ثوبا وقبضه ثم اعطى البائع وقال له امسكه حتى اعطيك الثمن فهو رهن عند ابي حنيفة رضي الله عنه ووديعة عند ابي يوسف رحمه الله فعلم بهذا انه لا تفاوت بين ان يشير بقوله الى ثوب اخر او ثوب اشتراه وقبضه وهو الصواب لان الثوب لما اشتراه وقبضه كان هو وسائر اعيانه المملوكة سواء في صحة الرهن ثم ذكر الامام المرغيناني بعد هذه المسألة اشترى طعاما او سمكا مذهب ليحمله بالثمن فانطلق البائع ان يفسد فانه يبيعه فان كان في الثمن زيادة يتصدق بها وقال ايضا اشترى جمدا وقبضه ولم يسلم الثمن واخذ البائع الجمد وقال هات الفلس وخذ الجمد فذاب فعلى المشتري الراهن وعلى البائع قيمة الجمد ومثله لو قال المشتري للبائع بعد الاخذ ضع الجمد هاهنا حتى اتي بالفلس فوضع فذاب فلا شيء للبائع لانه مودع ولو قال البائع قبل القبض امسكه حتى اتي بالفلس فذاب بطل البيع ولا شيء على احد قلنا لما مر الى الاخر علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو لان التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكانه لو قال رهنتك بالثمن الا ترى انه لو قال ملكتك هذا الثوب بعشرة كان هذا وقوله بعتك بالعشرة سواء كذا في الجامع الصغير المحبوبي

والحلوانى

والحلواني رحمهما الله والله اعلم **فصل** لما ذكر حكم الرهن الواحد ذكر في هذا حكم الاثنين منه وصار كالمبيع في يد البائع يعني اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن وكذا هاهنا فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه فكذلك الجواب يعني لو رهن عبدين بالف درهم كل عبد بخمسمائة فقضاه خمسمائة ففي جواب المبسوط حكمه حكم الاول حتى لو قضى خمسمائة ليس له ان يأخذ احدهما هاهنا ايضا وفي جواب الزيادات له ان يأخذ احدهما عند قضاء حصته الا ترى انه لو فك الرهن في احدهما جاز يعني لو قال رهنتك هذين العبدين بالف كل واحد بخمسمائة فقبل المرتهن احدهما بخمسمائة جاز الرهن فيه فلما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفريق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فهناك لا تتفرق بتفريق التسمية الصفقة بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطل البيع فيجد ما يقبض بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فان بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن لحصول ~~المقصود به~~ فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء الدين لا يؤدي ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه **فان قيل** هذا في حالة الاجمال موجود **قلنا** نعم ولكن في حالة الاجمال حصة كل عبد من الدين غير معلوم فيمنع فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية وهذا امكن من افتكاك البعض بقضاء بعض الدين به ولو رهنه شاتين بثلاثين درهما احدهما بعشرين والاخرى بعشرة ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن لجهالة مقدار ما رهن به كل واحدة من الشاتين وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فان احدهما لو هلكت وقيمتها عشرون فالراهن يقول هذه التي رهنتها بعشرين والمرتهن يقول هي رهن بعشرة فان بين كل واحدة منهما كان جائزا الى هذا اشار في المبسوط فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز اطلق في الرواية ولم يبين انهما لو كانا شريكين في الدين او لم يكونا شريكين ودينهما من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان كان دين احدهما دراهم والاخر دنانير فان ذلك كله جائز لان الرهن اضيف الى جميع الرهن في صفقة واحدة ولا شيوع فيه **فان قلت** يشكل هذا بالبيع من رجلين والهبة من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فان فيهما ايضا اضيف عقد البيع والهبة الى جميع العين في صفقة واحدة الى اثنين وهناك اوجب الشيوع والانقسام حتى انه لو باع دارا الى اثنين يوجب الشيوع والانقسام فكيف لم يوجب هاهنا **قلت** انما الشيوع والانقسام كما يثبت باضافة العقد الى اثنين يثبت الشيوع والانقسام بين البدل والمبدل كما في البيع اذا اضيف البيع الى اثنين حيث ينقسم اجزاء المبيع على اجزاء الثمن واجزاء الثمن على اجزاء المبيع ثم يسقط اعتبار الانقسام بين الدين واجزاء الدين بالجواز العقد وجعل الكل مرهونا بجميع الدين وكل جزء من اجزائه محبوسا ومرهونا بجميع الدين تحريا للجواز بخلاف البيع فان اعتبار الانقسام هناك بسبب اضافة البيع الى اثنين لا يوجب فساد العين المبيع كما لا يوجب فساد البيع في الانقسام بين اجزاء المبيع واجزاء الثمن لما ان بيع المشاع جائز فاعتبر الانقسام حين اضيف البيع الى اثنين وان اوجب الشيوع وهذا بخلاف ما لو وهبه دارا من رجلين فانه لا يجوز على قول ابي حنيفة رضي الله عنه بخلاف الرهن من رجلين فانه جائز لان المقصود من الهبة ايجاب الملك والعين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا للكل منهما كاملا فنصف الدار شائعا ورهنه المشاع لا يجوز واما القصر

من الرهن ايجاب الحبس للحال حتى يصير الراهن مؤديا الدين الذي عليه والعين الواحد
يجوز ان يكون محبوسا كله بحق هذا وكله بحق الآخر فجعلنا العين محبوسا بكل واحد
منهما كملا كما في تداخل العدتين في حق المرأة الواحدة فانها محبوسة بعدة واحدة منهما
من الرجلين كذا هنا والى هذا اشار في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان اعطى كل واحد منهما
دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما **فان قيل** لما
اعطى دين احدهما صار مقصود ذلك المرتهن حاصلا من الرهن وهو ان يكون الرهن
وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي وقد وجد له الاستيفاء الحقيقي فبعد ذلك صار رهنا كله
في الآخر من كل وجه من غير شائبة من الذي قضى دينه فينبغي على هذا ان لو هلك الرهن
في يد الثاني لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين وقد صرح في المبسوط بسترده
منه ما قضاه من الدين **قلت** وجهه هو ان الرهن كل واحد منهما باق
ما لم يصل الرهن الى الراهن لما ذكر في الكتاب ان كل واحد منهما في نوبته كالعدل في
يد الآخر وكذا ذكر في المبسوط وان تلف الرهن عنده استرد من الذي قضاه ما اعطى
لان بهلاك الرهن يصير كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان
في الرهن هو ابد بينهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه
ثانيا وقد بينا ان باستيفاء الدين يتقرر حكم الضمان الرهن ولا يبطل ما لم يعد الرهن
الى يد الراهن وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهن عنده الذي
في يده وقبضه فهو باطل وصورة هذه المسألة هي ان العبد اذا كان في يد رجل وجاء
رجل آخر وادعى على صاحب اليد انك رهنتني عبدك هذا الذي عليك فانك ارتهنت
وقبضت واقام البينة على وفق دعواه وجاء رجل آخر ادعى على هذا الرجل الذي في يده
ذلك العبد مثل ما ادعى المدعي الاول واقام البينة على ما ادعاه فالحاصل ان المرتهن
اثنان والمرهون واحد ولكن لم يسبق اتحاد عقد الرهن فلذلك بطل ههنا بخلاف
ما تقدم وذكر الامام المحبوبي رحمه الله لم يذكر الاستحسان ههنا وانما ذكر بعد هذا
على ما نبينه وان اقام احدهما البينة انه الاول او وقتت بينة كل واحد منهما فهو رهن
لاولهما وقتا لانه اثبت حقه في وقت لا ينازعه صاحبه وثبوت حقه في
ذلك الوقت يمنع ثبوت حق الثاني بعده ما لم يسقط حق الاول بالفكاك وان كان في
يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو اولى كما لو ادعى رجلان
نكاح امرأة وهي في بيت احدهما واما ما البينة والعين في يد احدهما فان صاحب اليد اولى
الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول لان الخبر بهوده صريحا بسبق تاريخ عقده والتاريخ المنصوص
عليه يرجح على التاريخ المدلول عليه وان كان في ايديهما جميعا فان علم الاول منهما فهو الاول
وان لم يعلم لم يكن رهنا لواحد منهما فيما ذكرنا في الاصل وهو القياس وفي الاستحسان
لكل واحد منهما نصفه رهن بنصف حقه لان التعارض متى وقع بين البينتين وجب العمل بهما
بحسب الامكان الا ترى ان في البيع بعد التعارض عملا بالبينتين ويجعل كأنه باع منهما ولذلك
في الرهن يجعل كأنه رهن منهما جميعا ورهن العين من رجلين يجوز على ان يكون محبوسا
بدين كل واحد منهما ووجه القياس ان عند التعارض انما يقضى لكل واحد منهما بالنصف
وذلك غير ممكن ههنا لاجل الشيوع وقد بينا ان العين في حكم الرهن لا يحتمل التجزي كالمرأة
في حكم النكاح وعند استواء البينتين في دعوى النكاح على امرأة واحدة لا يقضى بشيء منهما فهذا مثله
بخلاف الرهن من رجلين لان حق كل واحد منهما هناك ثابت في جميع الرهن حتى اذا قضى
جميع دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن ما لم يقض دين الآخر لوجود الرضى من كل واحد
منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا لا يمكن القضاء بذلك لان كل واحد منهما
غير راض بثبوت حق صاحبه وانما اخذنا بالقياس ههنا لان وجهه اقوى وبعد ذكر الاستحسان
فيما اذا كان الرهن في ايديهما يحدث لو تم اذا كان العين في يد الراهن وهي المسالة

والاصح

والاصح ان القياس والاستحسان فيهما جميعا وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف
رحمه الله فانه يسوي بين حالة الحيوة وحال الوفاة لما ان القاضي لا يتمكن من القضاء
لكل واحد منهما بالرهن الا في النصف والشيوع يمنع صحة الرهن في حيوة الراهن وكيف
بعد وفاته والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما ذكر احكام الراهن والمرتهن الراجعة الى انفسهما توحدا وتثنية ذكر في هذا الباب الاحكام
الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم العدل اسم لمن هو رضي الراهن
والمرتهن بوضع الرهن في يده وربما يسلطه على بيع الرهن عند حلول الدين فكان هو وكيلا من
الراهن في بيع الرهن ولكن يخالف هو الوكيل ببيع الولد والوكيل المفرد لا يبيع الولد والثاني
انه يجبر على البيع متى ابى بخلاف الوكيل المفرد في اربعة اوجه احدها انه يبيع الولد والوكيل
المفرد لا يبيع الولد والثاني انه يجبر على البيع متى ابى بخلاف الوكيل المفرد والثالث انه لا ينعزل
بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد والرابع انه لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد ينعزل
وزاد على هذا الامام التمرتاشي رحمه الله مسائل منها ان العدل يبيع الارش وما يوجد فيها
بالاتلاف والمفرد لا يبيع ومنها ان العدل اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه
ومنها عبد هو رهن اذا قتله عبد فدفع به فالعدل يبيعه بخلاف المفرد وقال مالك
رحمه الله لا يجوز وذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن ابي ليلى مكان مالك ههنا وفي
المبسوط وقال ابن ابي ليلى رحمه الله لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك في يد العدل
لم يسقط الدين وان مات الراهن والمرتهن اسوة الغرماء فيه ولهذا يرجع العدل
عليه اي على الراهن دون المرتهن عند استحقاق يعني بعد الهلاك وحجته قولنا ان يد
العدل كيد المرتهن بدليل انه يملك العدل رد الرهن برضا المرتهن فان الراهن
لا يملك نقضه الا برضا المرتهن ولو كان يده كيد الراهن لتمكن الراهن من استرداده متى
شاء ويده كيد الراهن ايضا في حق الحفظ فان المرتهن كما امره بالقبض ليحبس له فكذلك
امره الراهن ليحفظ عليه فصار العدل نائبا عنهما فصار يد العدل كيد الراهن ويد المرتهن
ويجوز ان يجعل اليد الواحدة في حكم اليدين كما قلنا فيمن عجل زكاة ماله الى الساعي قبل
حولان الحول يد الساعي يد صاحب المال من وجه ويد الفقير من وجه فيد صاحب
المال من حيث انه لو انتقص النصاب قبل حولان الحول او هلك النصاب كان لصاحب المال
استرداد ما دفعه الى الساعي اذا كان ما دفع اليه قائما في يده بخلاف ما لو دفعه
الى الفقير ويد الفقير من حيث انه لو هلكت الزكوة في يد الساعي وبقي النصاب الى
آخر الحول يقع المؤدى موقع الزكاة كما لو دفعه الى الفقير فكذلك يد العدل ههنا
وبيان كان يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن بذلك لا يدل على ان يده يد المرتهن لا غير
كالمرتهن نفسه يعني ان الرهن لو هلك في يده ثم استحقه مستحق وضمن المرتهن فانه
يرجع على الراهن بما ضمن وبدينه على ما يجيء في آخر هذا الباب من الكتاب ثم انما يرجع العدل
على الراهن بضمان الاستحقاق مع ان العدل نائب عن المرتهن في القبض للحبس له لان
المستحق انما يضمن العدل بسبب الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل ولم يوجد
من المرتهن نقل وتحويل لا حقيقة ولا حكما بل وجد نقل العين من العدل والعدل في حق العين
نائب عن الراهن وفي حق المالية نائب عن المرتهن وكانت العبرة لنقل العين لان المستحق
العين هو الاصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن **فان قيل** لو كان
الحكم ان الرهن لا يتم الا بقبض المرتهن والنائب لذلك لان الرهن لا يتم بقبض الراهن
وان اتفقا عليه فلذلك لو اتفقا على قبض العدل ولم يصر نائبا عن المرتهن في القبض
وان امر المرتهن العدل بقبضه لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وقبض الرهن
لم يصر القبض مستحقا للمرتهن حتى كان للراهن ان يمنع الرهن من المرتهن واذا لم يصح الامر

من المرتهن صار وجود الامر منه لعدم ذلك وعدمه ولو عدم منه الامر حقيقة لم يكن
العدل نايبا عنه في القبض فكذلك فيما لم يصح الامر والدليل على ان الامر عند عدم صحته
بمنزلة عدم الامر حقيقة ان من اشترى شيا بعينه ثم انفق البايع والمشتري على ان يضعا
البيع على يد عدل الى ان يوفي المشتري الثمن فقبضه العدل فكان هو نايبا عن البايع لا عن
المشتري حتى لو هلك كان الهلاك على البايع لان امر المشتري العدل بقبض المبيع فيما انزله
قبض المبيع قبل نقد الثمن لا يصح فلذلك صار وجود الامر وعدمه منه بمنزلة فلذلك هاهنا
ما جوابنا عنه **قلت** جوابه هو انا اجمعنا واتفقنا على ان الرهن بعد التسليم الى المرتهن
لو اتفق الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل كان جايزا وكانت يد العدل فيه كيد المرتهن
حتى يصير مستوفيا دينه بهلاكه كما لو اعاد الرهن الى يد الراهن بطريق العارية او الغصب
فهلك في يده فعلم بهذا ان اتفاقهما على وضع الرهن في يد العدل ليس كاتفاقهما على وضعه في
يد الراهن ولا يلزم العدل في باب البيع لان جعل العدل نايبا عن المشتري قبل نقد الثمن يودي
الى تغيير موجب البيع فان موجب البيع ان يد البايع على المبيع يد نفسه في حق المالية والعين
جميعا لانه ليس بنايب عن المشتري لا في حق العين ولا في حق المالية ومتى قبضه المشتري لنفسه
لا يكون يده كيد البايع بوجه ما بل يكون اليد للمشتري في حق المالية جميعا يد استيفا فاذا
كان في جعله نايبا عنهما تغيير موجب البيع اعتبر نايبا عن البايع لان اليد كانت له في الاصل
فاما اعتبار العدل نايبا عنهما في باب الرهن لا يودي الى تغيير موجب الرهن لان الرهن
متى لم يقبض العدل كان يد المرتهن في حق العين يد الراهن وفي حق المالية يد المرتهن كذا
في المبسوطين ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن اي ضمن قيمة الرهن لانه لو دفعه الى الراهن
دفع اليه ملك الغير وان دفعه الى الراهن فلانه ابطل اليد عن المرتهن لا يقدر اي لا يقدر العدل
ان يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة وجبت دينا في ذمته فلو جعله رهنا في يده صار الواحد
قاضيا ومقتضيا ما عليه ذكره في الذخيرة وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما او يرفع العدل
احدهما الى القاضي ولو فعل ذلك اي لو جعل القيمة في يد العدل وقد ضمن العدل القيمة بالدفع
اي في الحال ان العدل ضمن القيمة بسبب دفع الرهن الى الراهن فالقيمة سالمة اي للعدل لانه
لا وجه الى ان ياخذ الراهن لانه وصل اليه عين ماله ولا وجه الى ان ياخذ المرتهن لانه
وصل اليه حقه فسلمت القيمة سالمة للعدل وان كان ضمنه اي وان كان العدل ضمن القيمة بسبب
الدفع الى المرتهن فكان للراهن ان ياخذ القيمة منه وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن فذلك
ينظران كان العدل دفعه على وجه العارية او على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع
وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعاره او دفع ملك نفسه
فان هلك في يده لا يضمنه وان استهلكه يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان
قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك
لانه دفع اليه على وجه الضمان واذا دفع العدل الرهن الى الاجنبي وديعة من غير ضرورة فهو
ضامن لان العدل امين في حق الراهن فكان الجواب فيه كالجواب في المودع هذا كله من الذخيرة
جمعا بين البدل والمبدل لان العين ملك الراهن الى العدل وهذا اللفظ عند
المسالة الاولى وهي ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن الى الراهن فان هناك لو قضى
الراهن دينه الى المرتهن ثم اراد اخذ القيمة من العدل كان جامعا بين البدل والمبدل لانه
وصل اليه عين حقه وهو الرهن اولا ثم لو اخذ منه قيمته كان جامعا بين البدل والمبدل فلذلك
لا ياخذ القيمة هناك واما هاهنا فلا جمع بينهما وان شرطت اي الوكالة فليس للراهن ان يعزل
الوكيل اي بدون رضى المرتهن الا ترى انه ان عقد الوكالة فيلزم بلزوم اصله اي فيلزم عقد
الوكالة بلزوم اصله وهو الرهن من جانبه ولانه لو اخذ منه قيمته كان جمعا بين البدل والمبدل
ولذلك لا ياخذ القيمة هناك واما هاهنا فلا جمع بينهما ولذلك لو ارتد العدل والعياذ بالله
ولحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه ثم عاد مسلما يعود وكيلا هاهنا بخلاف الوكيل المفرد

بل

لو قال ابو يوسف رحمه الله حيث لا يعود وكذا لا يوجبه القبض منهما ان الوكالة متى كان مشروطة
في الرهن فيكون [illegible] **فان قيل** [illegible]
[illegible]
ص [illegible] **قلنا** [illegible]

[illegible]

تل [illegible]

عبدا فانه يضمن المستحق المرتهن قيمته ويرجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد بعد ذلك وهو للراهن لان الضمان استقر عليه قال ولا يكون رهنا لانه قد استحق وبطل الرهن وهذا اشارة الى ما قلنا ان الملك للراهن المانع ثبت من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك فلم ذا اذا بطل الرهن بالاستحقاق كذا في المبسوط والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب التصرف في الرهن والجناية عليه

لما كان التصرف في الرهن انما يكون بعد كونه رهنا وكذلك الجناية على الرهن وجب [illegible] الرهن اورده عقيب مسائل الرهن اذ كل ترتيب اوجب طبعا يوجب وضعا واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف وقوله بغير اذن المرتهن بيننا وكل الصورتين صورة ما لو باع الراهن فلم يعلم المرتهن ببيعه وصورة ما اذا بلغه خبر البيع ولم يجز وذكر في باب البيوع الفاسدة من بيوع المبسوط واذا باع الراهن العبد المرهون وابى المرتهن ان يجيز لم يجز البيع وهو موقوف لان الراهن عاجز عن التسليم فان حق المرتهن في الحبس لازم ثم قال في موضع اخر يقول بيع الرهن فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ما ذكر هنا انه موقوف ومن قيل قوله فاسد بفسخ القاضي اذا خوصم فيه اليه وطلب المشتري التسليم اليه ومنع المرتهن ذلك ومن قيل قوله فاسد بفسخ القاضي اذا خوصم فيه اليه وطلب المشتري التسليم اليه ومنع المشتري المرتهن ذلك ومن قيل قوله جائز اذا اجاز المرتهن وسلمه اليه او اذا قضى المرتهن وفسخه فيه روايتان على ما هو المذكور في الكتاب ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح اي عينه يصير رهنا اذا اشترط المرتهن عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا اما اذا لم يشترط لا يصير رهنا لان المرتهن لما اجاز البيع بعد البيع صار الثمن مملوكا للراهن وانه مال اخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط كما بينا كما لو اجر الرهن فاجاز المرتهن لا يصير الاجر رهنا من غير شرط لما بينا فكذلك ها هنا ووجه ظاهر الرواية ان المرتهن لما اجاز البيع بعد البيع تحول حقه من العين الى بدله لان الثمن قائم مقام المثمن والمثمن كان محل حق المرتهن فيتعلق حقه بالثمن هذا هو الاصل من جنس هذه المسائل ان من تصرف في عين مملوك له وقد تعلق به حق الغير فاجاز صاحب الحق تصرفه هل يتعلق حقه ببدله ينظر ان كان ما وجب من البدل بدلا عن ما تعلق به حقه يتعلق حقه بالبدل وان كان ما وجب من البدل بدلا عن ما لم يتعلق به حقه لا يتعلق حقه بالبدل الا ترى ان الاجر اذا باع المستاجر فاجاز المستاجر بيعه لا يتعلق حقه بالثمن لان الثمن وجب بدلا عن العين وحقه في المنفعة فاما حق المرتهن يتعلق بالعين فجاز ان يتعلق حقه ببدله كذا في الذخيرة وفي اصل الروايتين لا ينفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري الى ان افتكه الراهن كان له ان ياخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فانه قال بعد اباء المرتهن وهو موقوف وهذا لان المرتهن لا حق له في هذا العقد حتى اذا اجازه كان المشتري متملكا على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فان هناك اذا اجاز العقد كان المشتري متملكا عليه فكان له ولاية الفسخ فاما ها هنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس الى ان يصل اليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد انما كان ذلك الى القاضي اذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فانه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفا كذا في بيوع المبسوط وللقاضي ان يفسخ اي البيع على ما ذكرنا من المبسوط الى القاضي لا اليه اي لا الى المرتهن ولو باع الراهن اي من غير اجازة المرتهن ثم اجاز المرتهن هذه العقود وهي الاجارة والرهن والهبة ولو اعتق الراهن عبد الرهن اي عبدا هو الرهن نفذ عتقه اي اعتاقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ ذكر فيه بلفظ الجمع لان له اقوالا ثلاثة ها هنا واحدا قوله [illegible] لان الاخران هما المذكوران في الكتاب وفي المبسوط يعتق الراهن نافذ عندنا موسرا كان او معسرا وهو احد اقاويل الشافعي وفي قول الشافعي في الاخر يقول لا ينفذ عتقه موسرا

[illegible]

كان او معسرا وفي قول اخران كان موسرا ينفذ عتقه ويضمن قيمته للمرتهن وان كان معسرا لا ينفذ
كما اذا اعتق الآبق والجارية من الآبق والمرهون فوائت يد المالك معنى وبعد التسليم الى
المشتري واعتاق الوارث عبد الموصى برقبته لا يلغو وهذا جواب عما يتمسك به في بعض المواضع
وادعى بانه يلغو اعتاقه مع انه ملكه لان ذلك مقصود فيما اذا لم يخرج من الثلث ولنا ليس
كذلك بل هو حر عند ابي حنيفة رضي الله عنه الى اداء السعاية وذكر في المبسوط مكان
هذا اعتاق المريض فقال اعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرماء ولكنه يخرج الحر
به بالسعاية لا محالة فها هنا ايضا لا يلغو الا ان هناك موضع له المكاتب ما دام يسعى
وها هنا يكون حرا ولزمه السعاية عند اعتبار الراهن لان العتق في المرض وصية
والوصية تتاخر عن الدين الا ان العتق لا يمكن رده فيجب عليه السعاية في قيمته
لرد الوصية **فان قيل** لو رجح الخصم ما قاله على البيع وقال ان امتناع نفوذ بيعه
لمراعاة حق المرتهن فان حقه فيه اما البيع في الدين كما هو عندي او استيفاء الدين من المالية
كما هو عندكم وابطال هذا الحق عليه بالاعتاق اظهر منه بالبيع والبيع اسرع نفوذا
من العتق حتى ينفذ البيع من المكاتب فلان لا ينفذ عتقه اولى ولان المرهون كالخارج عن
ملك الراهن بدليل انه لو اتلفه ضمن قيمته كالاجنبي حتى لو جنى عليه ضمن الارش ولو
وطئها وهي بكر ضمن العقر ولو كان زائلا عن ملكه حقيقة لم ينفذ عتقه فيه
فلذلك اذا صار كالزائل عن ملكه ما جوابنا عنه **قلت** جوابنا عن البيع قد
مر المذكور في الكتاب وايضاحه هو ان البيع كما يستدعي الملك في المحل يستدعي القدرة
على التسليم ولهذا لا ينفذ على الآبق والجنين في البطن والمواجر فكذلك لا ينفذ في المرهون
لعجز الراهن عن تسليمه بخلاف العتق ووضحه ان نفوذ البيع يعتمد تمام الرضى ولهذا لا ينفذ
مع الهزل وشرط الخيار والكره فلذلك عدم الرضا من صاحب الحق وهو المرتهن يمنع
نفوذه واما العتق لا يعتمد نفوذه تمام الرضا حتى ينفذ مع الهزل وشرط الخيار فاذا
كان عدم الرضا من صاحب الملك لا يمنع نفوذ العتق فمن صاحب الحق اولى واما قوله ان
المرهون في حكم الزائل عن ملك الراهن قلنا لا كذلك لان عتق الراهن لا يزيل الملك في الحال
ولا في ثاني الحال واما وجوب الضمان على المرتهن لا باعتبار انه كالخارج عن ملكه بل
باتلافه المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف العبد المأذون المديون يكون
ضامنا قيمته للغرماء لا باعتبار انه كالخارج عن ملك المولى ونفاذ البيع من المكاتب
باعتبار انه ضرب اليه المال للتجارة وعدم نفوذ العتق منه لعدم ملك الرقبة له فيه
نفوذ العتق على ملك الرقبة اليه هذا اشار في المبسوط وان كان معسرا سعى العبد في قيمته
وقضي به الدين وفي الدرج وان كان الراهن المعتق معسرا فللمرتهن ان يستسعي العبد
وينظر في ذلك القيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعي في
اقلها ثم يرجع العبد على الراهن بما سعى اذا ايسر ويرجع المرتهن على الراهن بقية دينه
وان فضل الدين على السعاية الا اذا كان بخلاف حبس حقه الى ان اذا كان ما حصل
من سعاية العبد بخلاف حبس المرتهن لا يقضي به الدين بل يصادف حق الى حبسه
حتى يقضى به دينه اذا اذا كان الدين اقل يذكر ان شاء الله تعالى الى في هذا الباب
في مسائله استيلاد الامة المرهونة وهو قوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين
ومن القيمة لان كسبه حقه وحق المرتهن يعد الدين فلا يلزمه الزيادة بخلاف المستسعى
في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عند ابي حنيفة
رحمه الله وقيل ان العبد انما يسعى لتمليك نصيب الساكت عوض ما ادى فلا يرجع
به على احد حتى لا يستحق عوضين باداء مال واحد وعندهما الكل ان عتق على المعتق وصار
ملكا له الا ان الثابت للمعتق من وجه لا فراد له فانه كاملك بزوال العبد عن ملكه ولا لا فراد
له بغير ثابت من وجه دون وجه فيعتبر الملك ثابتا للعتق في حق نفاذ العتق واما في

عدا

عدا المصالح العتق ثابتا للمولى بل يعتبر ثابتا للساكت ومنتقلا للعبد فيما وراء نفاذ العتق
واما ها هنا ليس للمرتهن ملك انما له مجرد حق ...

[illegible]

ان يصير المعير مستوفيا اكثر من قيمة الثوب الذي اعاره للرهن وبيان هذا فيما فصله
في الذخيرة فقال ولو سمى له شيئا ورهنه باقل من ذلك او اكثر فالمسألة على ثلاثة اوجه
الاول اذا كانت قيمة الثوب مثل الدين المسمى بان كانت قيمة الثوب المستعار عشرة
والدين عشرة وفي هذا الوجه اذا رهن باقل من العشرة او باكثر من العشرة يصير ضامنا
الثوب والثاني ان تكون قيمة الثوب اكثر من الدين المسمى بان كان قيمة الثوب اثنى
عشر والدين المسمى عشرة وفي هذا الوجه اذا رهن باكثر من الدين المسمى او باقل يضمن
قيمة الثوب والثالث ان يكون قيمة الثوب اقل من الدين المسمى بان يكون قيمة الثوب
تسعة والدين عشرة وفي هذا الوجه ان زاد المسمى يضمن قيمة الثوب وان نقص ان كان
النقصان الى تمام القيمة بان رهن بتسعة لا يضمن شيئا وان كان النقصان اقل من
ذلك بان رهن بثمانية يضمن قيمة الثوب اذا كانت وهذا يعلم ان المعير لا يكون لا يصير
المستعير ماكثر من قيمة الثوب المستعار للرهن في صورة من الصور وكذا لا يكون له
ايضا تضمين المستعير جميع قيمة الثوب اذا كانت قيمة الثوب اكثر من الدين بل هو يضمنه
بمقدار الدين وما زاد عليه يهلك امانة والدليل على هذا ايضا ما ذكره في الذخيرة
رجل عار رجلا شيئا ليرهنه وله حمل ومونة فرهنه يجب رده على المعير لان المعير فيه
منفعة لانه لو هلك من المستعير صار كالاجارة قالوا وفي هذا نظر لان رد العارية
على المستعير وهذا من جملة العواري وما ذكر من الضمان فليس منفعة للمعير لانه اعتبا
استحق على المستعير بقدر الدين دون الرهن فضمان الدين مقابلة عين قيمته مائة درهم
لعدم منفعته بخلاف الاجارة لان منفعته تعود الى الاجر حيث يأخذ العين بازاء المنفعة
والعين حرز من المنفعة وكذا هنا المنفعة يحصل له على عبنا دسلامة العين يجاز
ان لعين في مونة الرد عليه اخذا من قوله عليه الصلوة والسلام له غنمه وعليه
غرمه وان اكله كالف كان ضامنا لقيمة الثوب لانه تصرف لغيراذنه فصار غاصبا
والمعيران يأخذه من يد المرتهن لان الرهن لم يصح كذا في الايضاح ويجب مثله اذ
الثوب على الراهن اي مثل ما يتم الاستيفاء بالهلاك وهو مقدار الدين لان يكون
معناه مثل قيمة الثوب لو كان قيمة الثوب اكثر لان ما زاد على قدر الدين عند الهلاك
يهلك امانة اذا وافق المستعير لما شرطه المعير والكلام فيه لانه ذكر في الايضاح وان
هلك في يد المرتهن وقد على الوجه الذي اذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط
عنه بهلاك الرهن من الدين لان الضمان وجب باعتبار الاستيفاء والمعير منزلة رجل
اذن لاخر بان يقضي دينه من وديعة عنده فما قضى صار مضمونا عليه وما لم يقض
فهو امانة وبني على ما بيناه وهو قوله لانه صار ضامنا دينه بماله وقوله لما بينا
راجع الى هذا راجع ايضا وهذا يرجع على الراهن بما ادى عن مجرى على اطلاقه بل معناه
يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر الدين لا باكثر منه من قيمة الثوب لانه
ذكر في الايضاح وفتاوى قاضي خان رحمه الله فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه
المالك يرجع بقدر ما هلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك فانه اذا كان قيمة الرهن الفا
فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين رجع بقدر ما هلك الدين به وهو الالف ولا يرجع
باكثر من الف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك فكذلك اذا افتكه
كان متبرعا بالزيادة **فارسل** هذا لا يتوصل الى تخليص ملكه الا باداء جميع الدين فلا
يكون متبرعا **قلنا** الضمان انما وجب على المستعير باعتبار انقضاء الدين من ملكه فكان
الرجوع اليه بقدر ما يتحقق الايفاء ولو اختلفا اي المعير والمستعير بان يقول المعير
هلك في وقت الحبس ويقول المستعير وهو الراهن هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك
من الرهن فالقول للراهن وهو المستعير والبينة بينة المعير وهو رب الثوب واما
كان هكذا لانه اذا قال هلك قبل ان ارهنه فلانكاره السبب الموجب للضمان وكذا

ما عصار مقابلا المرتهن ومقابلا المرتهن انما يتحقق ان لو كان بيد الراهن بيد المرتهن
[illegible]

ان

رب الثوب الى اثبات ذلك بالبينة واما اذا قال هلك بعدما افتكه فلان رب الثوب
يدعي عليه ايفاء الدين بالبينة وهو منكر لذلك فالقول قوله لانه المنكر مع يمينه وعلى المدعي البينة
فان قيل فها هنا الراهن قد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم
ادعى ما يبرئه وهو الهلاك فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب
قلنا لا كذلك فالرهن باذن صاحب الثوب ليس بسبب موجب للضمان على احد ولكن الموجب
للضمان عليه لرب الثوب ايفاء دينه عن الدين بسبب مالية الرهن ولما لم يثبت
الايفاء لم يثبت الضمان الا ترى انه بعد الهلاك انما يستوجب الرجوع عليه وبالرهن لا يحصل
شيء من ذلك فكان دعواه الهلاك بعد الفكاك ودعواه الفكاك قبل الرهن في هذا المعنى
سوا وهذا الموجب على ما بينا وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله فهذا القدر وهو
الموجب للرجوع دون القبض ولو اختلفا في ذلك فقد ادعى ما احترق في ذلك الى قوله كما لو
اختلفا في مقدار ما امره هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما امره
بان يرهنه ولو كان كما لا يختلف الغرض اذ في الاذن القول للراهن وهو المستعير وفي
الثاني قول المعير وكيف يصح التشبيه في انكار اصله اي العارية ضمن اي المرتهن للراهن
كما بينا انه اي ان الموعود جعل كالموجود اعتبارا وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في اوائل
باب ما يجوز ارتهانه بقوله لان الموعود كالموجود اعتبارا للحاجة مثله اي مثل قدر
الموعود المستحق الذي اخذ الراهن من المرتهن لسلامته براءة ذمته اي ذمة الراهن
يعني اذا كانت ذمة الراهن مشغولة بدين المرتهن كان سقط الدين عنه بهلاك الرهن
في يد المرتهن بطريق المقاصة ولا يتصور ذلك كذلك الا ان يصير مالية الرهن للراهن
ليصير بماله قاضيا ما عليه وعند ذلك كان للمعير ان يرجع بما سلم له فلذلك ها هنا
يرجع عليه بما سلم له من استيفائه من المرتهن لان استرداد القيمة كاسترداد العين
لان المعير بالاعتاق صار مستردا قيمة العبد من المعير فيكون رهنا عنده لانه بدله
وذلك لان حق المرتهن يتعلق بمالية [illegible] المعير وقد استهلكه باعتاقه فيهما كما لو اهلكه
بالاتلاف وهو كما في هذا الحكم كاجنبي اخر فيضمن قيمته وتكون القيمة رهنا في يده
حتى يقبض دينه من الراهن ثم يردها على المعير فانه كان امينا ثم عاد الى الوفاق
يبرا عن الضمان فان قيل الشيء لان المستعير اذا خالف ثم عاد الى المكان لم يبرأ عن الضمان
ما لم يصل العين الى صاحبه وهذا مستعير قد خالف كيف يبرا عن الضمان قبل وصول
المال الى صاحبه قلنا لان يد المستعير يد نفسه فالعود الى المكان المشروط لا يصير
رد العين على صاحبه لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده كيد المالك فبالعود
الى الوفاق يصير رادا عليه حكما وما نحن فيه نظير مسالة الوديعة لان تسليمه الى
المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقبوضا فيستوجب
المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا يبرأ به من
الضمان كذا في المبسوط فان قيل يشكل على هذا الجواب ما لو افتكه الراهن
ثم استعمله وهو ضامن ولو ترك الاستعمال ثم هلك بآفة اخرى لا ضمان عليه
ايضا مع انه لم يوجد الرد بعد الاستعمال الى من هو مقصود المعير وهو
التسليم الى المرتهن قلنا ان لم يوجد ذلك وقد وجد الرد الى من هو نائب
المعير وهو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق الى هذا
اشار في الذخيرة وهذا كله مما اختاره شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما شيخ الاسلام
فيقول ان هذه المسالة دلت على ان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق
وهو اختيار شيخ الاسلام واما اختيار شمس الائمة هذا ان المستعير لا يبرأ بالعود
الى الوفاق اما المستعير للرهن فحصل مقصودا لامر بتسليم الرهن الى المرتهن
فوقع حق لازم محترم فالمعنى من المحترم هو ان يكون غيره ممنوعا عن ابطاله والمراد

بالجناية

بالجناية على المقر بها يوجب المال [illegible] كما اذا كانت الجناية خطأ من نفس او عمد [illegible]

[illegible]

الراهن

[illegible]

على

عنه كذا في باب الرهن الموضوع والدين وهن المبسوط والله اعلم **فصل** هذا
الفصل يقوم مقام ... **قوله** رحمه الله فهو رهن بعشرة هذا
[illegible]

والجلد

والجلد رهنا بستة لان الخمسة من الدين كانت باقية وبمقابلة الخمسة الاخرى كانت الشاة مرهونة
فلما كانت الشاة ذهبت بما ذهبت وهو الخمسة وقد عاد من الساقط بعد مالية للجلد بالدباغة
وهو درهم فكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين فلهذا كان الجلد مرهونا بما بقي من الدين وهو
ستة ولم يعد اربعة لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى عن اللحم وقد كان خمسة
وكان الباقي من الدين ستة فكان الرهن بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد بعد ذلك
هلك بدرهم واحد ويرجع على الراهن الخمسة الباقية من الدين ثم هذا الذي ذكره محمد رحمه الله
ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا اشكال اذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له
بان تربه او شمسه لانه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئا حتى يستحق
حبس الجلد فاما اذا حصل الدبغ بماله قيمة يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه كما
لو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء له قيمة واذا استحق الحبس بدين حادث وجب على الراهن هل
يبطل الرهن ام لا قال الفقيه ابو جعفر قولان في احدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة
ما زاد الدباغ فيه اخذ الجلد لانه صار مرهونا بالدين الثاني حكما ولو صار مرهونا
بالدين الثاني حقيقة بان الراهن جعله رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول بالثاني
وكذا اذا صار مرهونا به حكما ومن القول لا يبطل لان الاصل عندنا وفي الاخر لا يبطل لان
الاصل عندنا ان الشيء انما يبطل بما هو مثله او فوقه ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالبيع
ينفسخ بالبيع وبما دونه لانه مثله ولا ينفسخ بالرهن ولا ينفسخ بالاجارة لانه دونه والرهن
الثاني هاهنا دون الاول لانه انما صار يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد
بحكم الدبغ وتلك المالية تبع للجلد لانه وصف له والوصف تبع الاصل والرهن الاول بما
هو اصل بنفسه وليس بتبع فيكون اقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني وسبب
الثاني اتصالا لان سببه قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لانه رده
ممكن فاذا كان دون الاول لم يرتفع الاول وبطل الثاني كذا في مبسوط شيخ الاسلام
والجامع الصغير للامام المحبوبي ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له وهذا عندنا وقال
الامام الشافعي رحمه الله لا يكون الولد رهنا فالراهن ما حق به عنده فالرهن حق لازم
يسري اليه ومعنى قوله لازم اي متأكد بحيث لا اختيار فيه ودليل التأكيد هو ان الراهن لا
يملك ابطاله بخلاف حق ولي الجناية في الامة حيث لا يسري لانه غير متأكد في الجارية حتى ينفرد
المالك من ابطاله بالفداء والاصل في ذلك ما هو الجاري على السنة الفقهاء بعد ان الاوصاف
القائمة في الامهات تسري الى الاولاد والرهن من الاوصاف القائمة فيسري الى الولد **فان قيل**
على هذا الوصف يرد من المنقوض فلا بد من جوابها حتى يسلم عنها الاصل ويطرد عليه سيأ
فان المنقوض هي الكفالة فان المرأة اذا كفلت لرجل عن رجل فولدت ولدا لا يسري وصف
منها الى ولدها والكفالة هذه من الاوصاف القائمة في الامهات وكذلك الغصب من المغصوب
اذا ولدت لا يسري ولد الغصب الى ولدها مع ان الامة موصوفة بكونها مغصوبة وكذلك ولد
المستاجرة وولد الموصى بها بالخدمة وولد المنكوحة تتصف بصفة امهاتهن وكذلك حق
الدفع في الجارية والجانية وحق النصاب الى العبد كمال الحول لم يسر الى ولدها **قلت** حق
الكفالة عندنا يسري الى الولد اذا كفلت امة باذن مولاها ثم ولدت فاما اذا كانت
حرة فلا اختصاص بالكفالة يثبت في ذمتها والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب انما لا يثبت
حكم الضمان في الولد عندنا لانعدام السبب الذي يجعل العين مضمونا عليه وهو القبض
مقصودا الا ترى ان ولد المبيعة قبل القبض يسري اليه حكم البيع ولا يكون مضمونا ان هلك
لهذا المعنى واما ولد المستاجرة انما يسر وصف الاجارة لان حق المستاجر في المنفعة لا في العين
فلا يكون متأكدا فلهذا لا يسري الى الولد لذلك ولان الحق انما يسري الى الولد اذا كان محلا
صالحا لحق المستاجر وذلك الولد محل صالح لحق المرتهن لانه ينفصل مالا متقوما وحق
المرتهن في المال المتقوم يسري الى الولد وهذا هو العذر عن ولد المنكوحة فان حق النكاح

لا يسري اليه لانه ليس بمحل للحل في حق المزوج وهذا العذر ايضا عن ولد الجارية الموصى بخدمتها
لا يكون محلا اصالة للخدمة حتى يفصل بعد ما ذكرنا الجواب عن ولد الجانية وهو ان حق ولي
الجناية ليس متاكدا في العين فان من عليه يتفرد بابطال الحق عن العين باختيار الفداء واما
حق الزكاة فانه في الذمة لا في العين فان المستحق محل اما في الذمة ثم من عليه يملك الاداء
من محل اخر فعرفنا انه غير متاكد في العين فلا يسري الى الولد كذا ذكر في الباب الاول من رهن
المبسوط فحصل في هذا كله في قولهم ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد محمول
على ان يكون تلك الاوصاف من الاوصاف التي ثبتت في الام في جملتها كما في كونها مسعاة وحرة
ورقيقة ومكاتبة ومدبرة لا في ذمتها كما في كفالة الحر ولا في ذمة مالك الام كما في الزكاة
وان يكون الولد صالحا لحكم ذلك الوصف كالبيع والتحرير على ما ذكرنا بخلاف الغصب
والاجارة والنكاح والوصية بالخدمة فان الضمان بالغصب انما يتحقق بالقبض مقصودا
لعين حق وهو لم يوجد في حق الولد ولا يثبت حكم الغصب فيه وكذلك لا يسري وصف الاجارة
والنكاح والوصية بالخدمة لان الولد حين يولد غير صالح لحكم الاجارة والوصية بالخدمة
لانه غير منتفع به وغير صالح لحكم النكاح في حق الزوج ابدا ويكون رهنا مع الاصل وهذا عندنا
خلاف الشافعي رحمه الله وقال الشافعي انما ليس برهن والاصل عندنا ان كل ما يتولد
من عين الرهن يسري اليه حكم الرهن وكذا كلما كان بدل جزء منه واما اذا كان بدل المنفعة
فلانه تبع له فيأخذ حكم الاصل وهو ان النماء المتولد من العين مرهون تبعا لا اصلا
كولد المبيع على اصل اصحابنا مبيع تبعا لا اصلا فلا يكون له حصة من الضمان الا اذا صار
مقصودا بالقبض كذا في المحيط والايضاح وقيمة النماء يوم الفكاك انما كان له حصة من
الضمان ~~الا اذا صار مقبوضا مقصودا بالقبض كذا في المحيط~~ بالفكاك اذ لو هلك قبله
يهلك بغير شيء كذا في الايضاح والزيادة تصير مقصودة بالفكاك فان هلك الولد قبل
الفكاك لم يصر اصلا فبطل بذلك القسمة فيهلك بغير شيء كذا في زيادات الامام قاضي خان
رحمه الله فيصح تعليقها والشرط لان كلمة ما في قوله متضمنة في معنى الشرط بدليل
دخول الفاء في جوابه لقوله تعالى وما بكم من نعمة فمن الله ولا يسقط شيء من الدين لانه
اتلفه باذن المالك فكان فيه اشارة الى انه لو اتلفه بغير اذن المالك يسقط من الدين
بقدره والدليل على هذا ما ذكر في الذخيرة فقال اذا حلب المرتهن الشاة التي هي رهن
باذن الراهن وشربه فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين ولو فعل الراهن بنفسه
ولو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب عليه الضمان ويكون رهنا عند المرتهن محبوسا
بالدين مع الشاة فلذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن ضمن قيمته ويكون
القيمة رهنا عند المرتهن مع الشاة ثم التقييد بالشاة انما يظهر فائدته في جانب
الضمان فيما اذا حلبها بغير اذنه حتى ان المرهون لو كان امة فارضعت صبي المرتهن بغير اذن
الراهن لم يحتسب لان لبن الادمي لا قيمة له ويجوز الزيادة في الرهن صورته اذا رهنه
ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم زاد الراهن المرتهن ثوبا اخر ليكون مرهونا مع الاول بالعشرة
وفي القياس لا يصح هذه الزيادة وهو قول زفر رحمه الله لانه لا بد ان يجعل بعض الدين
مقابلة الزيادة ليكون مضمونا به وذلك متعذر لان فيه حكم الرهن في الثوب الاول
لبقاء الرهن والدين فهو نظير ما لو نقض الرهن في الثوب اولا ثم رهنه برهن
على ما بينا وهذا في الحقيقة بناء على اصل زفر رحمه الله ان الزيادة في الثمن والمبيع لا
تثبت ملتحقا باصل العقد وقد بيناه في البيوع وفي الاستحسان وهو قول علمائنا
الثلاثة تثبت الزيادة في الرهن وحكم الدين لان تراضيهما على الزيادة بعد العقد
بمنزلة تراضيهما عليه عند العقد ولو رهنه في الابتداء ثوبين بعشرة جاز الرهن وانقسم
الدين على قيمتهما فكذلك هنا ينقسم الدين على قيمة الاصل وقت العقد وعلى قيمة الزيادة
وقت القبض وهذا بخلاف ما اذا ما زاد دينا برهن فلم يوجد هنا كل التراضي منهما على ثبوت

ثم هلك بعد الاستيفا يجب عليه نقض الاستيفا الثاني بالرد فاذا اهلك اي الرهن
تقرر الاستيفا الاول وهو الاستيفا الحكمي فانتقض الاستيفا الثاني وهو الاستيفا
الحقيقي والا تكرر الاستيفا وكذلك اذا اشترى بالدين عينا معطوف على قوله ولو اشترى
المرتهن الى قوله يجب عليه رد ما استوفى يعني لو اشترى المرتهن بالدين عينا معطوف
على قوله ولو اشترى المرتهن يجب عليه رد ما استوفى يعني لو اشترى المرتهن بالدين
من الراهن عينا لم يبق على الراهن بطريق المقاصة فيجبر على المرتهن رد الرهن الى
الراهن ولو هلك الرهن في يده قبل ان يرده الى الراهن يجب عليه رد قيمته وكذا قوله
او صالح اي صالح المرتهن مع الراهن على الدين على عين يجب عليه رد الرهن ان كان قايما
وقيمته ان هلك بعد الصلح لانه استيفا اي لان الصلح عن الدين على العين استيفا الدين
ويهلك بالدين لان بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة
المحيل وهو بعرض ان يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا فلهذا بقي
ضمان الرهن كذا في المبسوط او مما يرجع عليه معطوف على قوله ما كان له ان يرد بعقد
الحوالة عن ملك المحيل على المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضا الدين عن المحيل وكذا لو تصادقا
على ان لا دين ثم هلك يهلك بالدين هذا الذي ذكره مخالف لرواية المبسوط لانه قال
في المبسوط وان تصادقا على ان لا دين فانما نسلم هذا اي كون الرهن مضمونا فيما
اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن فوجوب
الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن
قايم ثم هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل
وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين والله تعالى اعلم وهذه المسائل كلها من قوله ولو
استوفى المرتهن الدين الى هذا يرد نقضا على جواب الاستحسان من حيث الظاهر فاجاب
عنها بما ذكر في الكتاب وقد بينا والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

٥ كتاب الجنايات ٥

اورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن
عقد وثيقة لصيانة الدين عن الهلاك وكذا حكم الجناية مشروع لصيانة النفس عن
القتلة والسفاك ولقطع الصعينة المثيرة للحروب من الاحداث على ما وقعت عليه
الاشارة في قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة يا اولي الالباب غيرانه قدم الرهن الذي
هو سبب وقاية المال عن الجناية لان فيه طلب التناسب بما فضى النهاية ثم ان المال
وسيلة لبقا النفس في كل الازمنة والمقاصد والوسائل متقدمة على المقاصد ثم
محاسن الجنايات هي المحاسن المذكورة في المغصوب والحدود مما بين العبادات وذلك
ان المقصود من شرع الزواجر منع الطبايع العادية الموصوفة بالعفو وطلب النفوس
الامارة بالسوء من محاسن الجنايات على الخصوص هذا السبب في ابقا الحي حيا كما كان
ولا شك لاحد في حكم الحياة وحكم الجناية وهو القصاص معنى الحياة شرعا واستيفا اما
شرعا فان قصد قتل عدوه اذا تفكر في عاقبة امره فانه اذا قتله قتل به انزجر عن
قتله فكان حياة لهما واما استيفا فان القاتل تعرض بصيرورته حربا لاوليا المقتول
خوفا على نفسه منهم وهو يقصد افنا هم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع مكنهم من
قتله قصاصا لدفع شره عن انفسهم واحيا الحي في دفع سبب الهلاك عنهم فكان في استيفا
قصاص الحيوة لاوليا القتيل وان كثروا من محاسنه ايضا ابعاد الله تعالى بما فيه العفو
في الدنيا والاخرة ليكف الناس عن الاقدام في القتل اما في الدنيا فقوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى فالاشارة بطريق الحذر منه في العقوبة في الدنيا واما في الاخرة
فقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم الاية ومن محاسنه ايضا معرفة عموم

رحمة الله تعالى ورافته وحق العباد حيث جعل حرمة القتل اشد من حرمة كلمة الشرك على
اللسان حيث رخص اجراء كلمة الكفر في الاكراه الكامل ولم يرخص قتل المومن بغير حق ولن
يعمل على الاكراه الكامل ولا في وجه من الوجوه ثم اعلم ان الجناية لغة اسم لما
يجنيه من شر اكتسبه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من
الفعل واصله من جناية الثمر وهو اخذه من الشجر وفي المبسوط الجناية اسم لمحرم شرعا
سوا حل بمال او نفس ولكن في لسان الفقها يراد باطلاق اسم الجناية الفعل في النفوس
والاطراف فانهم خصوا الفعل في المال باسم الغصب والعرف غير بالاسامي وفي المبسوط
لشيخ الاسلام رحمه الله والجناية على الادمي نوعان على النفس وعلى ما دون النفس الاول
يسمى قتلا والثاني يسمى قطعا وجرحا ثم ما دونه نوعان نوع يوجب القصاص وهو
العمد ونوع يوجب المال وهو الخطا اما تفسير القتل لغة فعل يضاف الى العباد تحت
يزول به الحيوة اذ بدون الفعل من العباد يسمى موتا واما ركنه فهذا بعينه وهو فعل
مضاف الى العباد يزول به الحيوة لان ركن الشي ما يقوم به وهذا كذلك واما شرطه
فان يكون محل فعل الحيوان حيوانا لان القتل انما يوجد بضرب من الفاعل الا انه لا يكون
قتلا ما لم يكن المحل حيوانا **قوله** رحمه الله القتل على خمسة اوجه وجه الانحصار
على هذه الخمسة وهو ان القتل بذلك التفسير الذي ذكرنا اذا صدر من انسان لا يخلو
اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو ان كان به قصد القتل
ام لا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطا فان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان
يكون به قصد التاديب والضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو
كان جاريا مجرى الخطا فان كان فهو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وهذا الانحصار
يعرف ايضا بتفسير كل واحد منها وذكر في المبسوط ان هذا الذي ذكره من تقسيم القتل
على خمسة تقسيم الامام ابي بكر الرازي رحمه الله واما في الاصل فقد قسمه ابو حنيفة
رضي الله عنه على ثلاثة اقسام عمد وخطا وشبه عمد والمراد بيان قتل يتعلق به
الاحكام وانما قيد بهذا لان انواع القتل من حيث انه قتل من غير نظر الى ضمان القتل
وعدم ضمانه اكثر من خمسة فان القتل يكون رجما وقتل الحربي والقتل قصاصا والقتل
صلبا وحق قطاع الطريق فعلم بهذا الحيثية القتل الموجب للضمان والاحكام ثم
المراد من الاحكام هنا هي القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث وغيرها او ما
جرى مجرى السلاح اي في تفريق الاجزا كليطة القصب فتره ولم يشترط في الحديد الحدة
اذا كانت الالة من الحديد فقال العمد ان يتعمد الانسان قتل ما لا يحل قتله بالحديد سوا
كان حلا جابحر السيف والسكين او لم يكن سلاحا كحجر الابر وسوا كان له حدة يضيع
بضعا او لم يكن له حدة ولكن يرض رضا كالعمود وصنجة الميزان وسوا كان الغالب منه
الهلاك او لم يكن فهذا يبين لك ان العبرة في الباب للحديد هذا كله من رواية الاصل
وذكر الطحاوي عن ابي حنيفة رحمهما الله انه اذا قتله بصنجة حديد او عمود لا حد له
فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص واذا لم يكن الغالب منه الهلاك لا يكون محضا
وما لم يكن من جنس الحديد ان عمل الحديد في البضع والتفريق الاجزا فهو عمد محض ويجب
القصاص فيه وذلك نحو الاحراق بالنار لان النار تعمل عمل الحديد في الذكوة حتى انها
اذا وضعت في الذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسال بها الدم حل وان انحسم
ولم يسل الدم لا يحل وذكر في فتاوي قاضي خان رحمه الله وفي ظاهر الرواية في الحديد
وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وموجب ذلك
الماثم اي حكم العمد الاثم وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما روي عن النبي عليه
الصلوة والسلام انه قال الا ان اعتى الناس ثلاثة رجل قتل غير قاتله ورجل
قتل بدخل الجاهلية ورجل قتل في الحرم ومنها ما قال في خطبته في عرفات الا ان دماكم

ونفوسكم

[illegible]

بالنص

بالنص والمعقول لم يحتج الى اقامة نظير له في المضمونات المالية واما ما ذكره في اخذ الارش بعوض رضا
الجاني فقال اذا كانت يد القاطع شلا فهو وان المجني عليه هنا كان عاجزا عن استيفا مثل حقه بصفته
لمعنى في الجاني فلذلك يخير المجني عليه ان شا تجوز بدون حقه وان شا مال الى استيفا الارش بمنزلة
من اشرف على اخذ كر حنطة جيدة ولم يجز عنده الا كر رديء فانه يتخير بين ان يتجوز بدون حقه
وبين ان يطالبه بالقيمة لتعذر استيفا المثل بصفته وكلامنا فيمن كان قادرا على استيفا مثل حقه
من القصاص فلا يكون له الخيار واما الجواب عن عفو احد الشريكين فانه بعينه بعفو الشريك
يكون ذلك في معنى الخطا فوجب المال للاخر ولا يجب للعافي شي لانه انما تعذر استيفا القصاص
للعافي باسقاط من جهته لا لمعنى في القاتل ميزا مدام العافي على العفو يكون بعينه منه لحقه في
القصاص لان العفو تصرف منه باسقاط القصاص وذلك لا يكون الا بعد تعيين حقه فيه ومع
تعيين حقه في القصاص لا يجب له المال واما وجوب الضمان على احد الشريكين اذا اعتق نصيبه
من العبد المشترك فلانه افسد نصيب شريكه الذي هو مال متقوم واما القصاص ليس بمال فضلا
عن التقوم فلا يجب الضمان على العافي خصوصا على اصلنا لما عرف وعلى اصله ايضا لم يجب الضمان
على العافي لان القصاص هو واجب عينا في الابتدا على اصله حتى يكون العافي مبطلا حق الشريك والقصاص
المتعين فلم يجب الضمان عليه بالاتفاق هذا كله مما اشار اليه في المبسوط وغيره ولا كفارة فيه اي
القتل العمد ويستوي ان كان عمدا يجب فيه القصاص او لا يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا والرجل اذا قتل
من اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا عمدا والشافعي رضي الله عنه يوجب الكفارة باعتبار القتل
ولكنا نقول انما يحتمله من الاثم يرتفع بالكفارة وكيف نقول ذلك والوعيد منصوص عليه كذا وجدنا
المبسوط فلا يناط مثلها اي فلا يعقل الكفارة بمثل هذه الكبيرة المحضة كالزنا والسرقة وتاثير الوصف
ان الكفارة لما كانت دائرة بين العبادة والعقوبة فسببها يجب ان يكون دائرا بين الحظر والاباحة
كما ان المباح المحض وهو القتل بحق كالقصاص لا يصلح سببا للكفارة واما السبب القتل الخطا وانه
لانه باعتبار اصل الفعل مباح لقوله تعالى فاصطادوا او باعتبار ترك التثبت او بالنظر الى المحل الاصل
محظور فلذلك يصلح القتل الخطا ان يكون سببا للكفارة وكذلك شبه العمد فان القصد به التاديب
وهو مباح والقتل بالحجر الكبير عند ابي حنيفة رضي الله عنه محظور محض بالنظر الى الالة فلانها ليست
من الة القتل فيمكن فيها الشبهة وتعينها في الشرع لدفع الادنى هذا جواب عن قياس الشافعي رضي
الله عنه حيث قال في العمد على وجوب الكفارة في الخطا لا تعينها لدفع الاعلى اي لا تعين للكفارة
لدفع الاعلى وهو في القتل العمد فانه لم يشرع يحتمل الادنى لقدرته عليه ولا يحتمل الاعلى لعجزه عنه
وذلك لانا لو قلنا بوجوب الكفارة في العمد بالاسناد الى وجوب الكفارة في الخطا لكان الحاق
اما ان يكون بالقياس او بدلالة النص وكل ذلك لا يصح لان القتل العمد والقتل الخطا في مثله في
غير الكفارة لا يجري القياس فكيف يجري الدلالة التي تقتضي المماثلة من كل وجه والاولوية وذكر
في ديات المبسوط وقال الشافعي المعنى في وجوب الكفارة بالقتل لانه نقص من عدد المسلمين احدهم
ممن كان يحضر الجمع والجماعات فعليه اقامة نفس مقام ما اتلف ولا يملكه ذلك احيا فعليه اقامة
النفس مقام النفس المتلفة تحريرا لان الحرية حيوة والرق تلف ولهذا اوجب الكفارة على العامد
وقلنا نحن انما وجب عليه الكفارة لان الشرع سلم له نفسه حيث اسقط عنه القود لعذر الخطا
مع تحقق اتلاف النفس منه فعليه اقامة نفس مقام نفسه شكرا لله تعالى وذلك لان يحرر نفسا
لتشتغل بعبادة الله تعالى ثم وجه ترجيح المعنى الذي ذكرنا على المعنى الذي ذكره الشافعي رحمه الله
هو ان لو قتل مستامنا او ذميا خطا يلزمه الكفارة ايضا وما نقص بقتله من عدد المسلمين
احدهم فعلم بهذا ان المعنى فيه هو ان الشرع لما عذره في الخطا وسلم له نفسه ولم يلزم عليه القصاص
مع وجود القتل منه اوجب عليه ان يعتق نفسا مقامه شكرا لله تعالى **فان قلت** وصفة العمدية
في القتل غير مانعة لوجوب الكفارة كما في قتل المحرم الصيد عمدا او ربما يطرد الشافعي رحمه الله هذا
ونقول هذه الكفارة كفارة قتل يجب في عمده كما يجب في خطايه وقياسا على المحرم اذا قتل صيدا وكذلك
يتمسك بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا كبيرا اي ضد الصواب والعمد

[illegible]

صد الصواب فتناوله الاية والدليل عليه قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم الاية وانما تقتل الا
عدو عمدا تعرفنا ان المراد ايجاب الكفارة بالقتل العمد واما السنة فهي حديث واثلة بن الاسقع
قال اتينا رسول الله عليه الصلوة والسلام بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا
عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد **قلت**
اما الجواب عن قتل الصيد فقلنا انه كفارة ارتكاب محظور للاحرام لا كفارة القتل الا ترى انها
تجب بالاتلاف العضو والاشارة والاخذ بلا قتل فلم يصح الجمع وكلامنا في كفارة القتل ولان قتل
الصيد واجب عمدا او خطا لا يخلو عن معنى الاباحة لان الصيد في نفسه بين مباح ومحظور
فانه مباح باصل الخلقة للناس اجمع محظور بما حدث له بالاحرام فيصلح سببا اما قتل الادمي
نفسه باصل الخلقة محظور لان المحل لم يلحق مباح التناول فلم يثبت الا بعارض بسبب من خطا
او جناية مرتكبها **وان قيل** اذا قتل رجل رجلا وعليه قصاص عمدا لا كفارة وصار مباحا بمنزلة
كالصيد للمحرم **قلنا** لا اباحة بوجب القصاص بل هو معصوم كما كان الا ان المولى قتله بحقه
لا باباحة كما يستوفى الدين من ماله المعصوم بحقه لا بصورة المال كذا في الاسرار واما الجواب
عن ما تمسك به من الاية فنقول المراد به من قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا الخطا هو ضد
العمد لانه عطف عليه العمد ولا يعطف الشي على نفسه ولان الله تعالى استثنى ذلك من الحظر
وضد الصواب لا يكون مستثنى من المحظور حتى يكون مباحا فهو المحظور بعينه وانما المستثنى من
ضد الصواب المطلوب بتحريه واجتهاده بل قصد صيدا فاصاب مسلما حتى يكون مباحا له فعله
فلا يأثم وان يضمن واما الجواب عن الحديث فنقول المشهور من حديث واثلة اتينا رسول الله
صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بغير ذكر القتل فيحتمل ان ذلك بسبب اخر غير
القتل ولئن صح قوله بالقتل فهو محمول على القتل بالحجر والعصا الكبير ثم مراد رسول الله صلى الله عليه
وسلم التطوع بالاعتاق عنه الا ترى انه خاطب به غير القاتل والكفارة لا تجب على غير القاتل
هذه اجوبة واما الاجوبة الجملية لنا في ذلك قوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم
خالدا فيها فهذا يقتضي ان المذكور في الاية جواب جزائه ولو اوجبنا عليه الكفارة كان المذكور
بعض اجزائه فيكون نسخا لذلك الحكم لان الملحق بالشرط يكون كل جزائه وبالزيادة يصير نسخا
ولا وجه لحمل الاية على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على النص
المذكور فيكون نسخا وايضا فيه الخلود على معنى انه لو عامله بعدله او على معنى تطويل المدة
مجازا فيقال لفلان خلد فلان في السجن اذا طالت المدة كذا في المبسوط وشبه العمد سمي به لان وهذا
الفعل معنيين معنى العمد باعتبار قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطا باعتبار انعدام قصد القتل
بالنظر الى الالة التي صنعت من حيث انه كان قاصدا الى الضرب والى ارتكاب ما هو محرم عليه كذا
في المبسوط وشبه ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا هذا التفسير عندهما خاصة واما عند ابي حنيفة
رضي الله عنه فشبه العمد ان يتعمد الضرب والتاديب دون الاتلاف سواء كان الاتلاف منه غالبا
كموقة الطادس والحجر الكبير والعصا الكبير او لم يكن الهلاك منه غالبا كالعصا الصغير واذا
قتله به فهو شبه عمد فهو كان والى في الضربات او لم يوالي وعندهما ان يتعمد الضرب بما كان
الغالب منه الهلاك فهو عمد محض يجب القصاص وان تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالبا
كالسوط الصغير فان لم يوال في الضربات فهو شبه عمد عندهما بلا خلاف وان والى في الضرب فقد
اختلف المشايخ على قولهما بعضهم قالوا انه عمد محض وبعضهم قالوا انه شبه عمد وكذا لو القاه من جبل
او سطح او غرقه في الما فهو شبه عمد يوجب الدية خلافا لهما ولو خنق الرجل الرجل حتى مات فهو شبه
عمد لا قصاص فيه الا ان يكون معتادا فان ذلك يجب قتله لانه ساع في الارض بالفساد واذا ادخل
الرجل انسانا في بيت حتى مات الرجل جوعا او عطشا لا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما يجب عليه الدية لان ذلك سبب يفضي الى الموت فهو قائم لانه يدفع ذلك عن نفسه بالاكل
فاذا امتنع الطعام عنه صار سببا للتلف بمنزلة حفر البئر وابو حنيفة يقول التلف حصل بمعنى فيه
وهو الجوع والعطش وانما يدفع بالطعام والما فهذا امتنع مما يدفع به الهلاك نفسه وهذا لا يعد سببا

ال

يكون الدم على التأبيد **قلت** هذا تفاوت الى نقصان فكان وجوب القصاص فيه بالطريق
الاولى كما اذا قتل الحر العبد الحر كيف يقتص من العبد بالاتفاق مع ان الشافعي رضي الله عنه لا يرى
جريان القصاص بين الحر والعبد يعني لو قتل الحر العبد فانه يقتل العبد بالاتفاق لانه تفاوت
الى النقصان وكذا هنا لانه تفاوت الى نقصان والناقص يجوز ان يستوفى بالكامل وقلت
عكسه كما في الطرف وهو ان العصمة بالدين اي عندنا او بالدار عندنا ولا يشكل على هذا المعنى
عليه بالرجم حيث ثبتت له الدار والدين ولم تثبت العصمة لانا نقول يباح قتله لا لنقصان وجريان صح
احرازه بل جزاء على جريمته ويختص القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة لان الرق
اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع القصاص بين المسلم والكافر عند الشافعي رضي الله عنه او يمنع القصاص من
بين المسلم والكافر المستامن بالاجماع فكذا اثر الكفر فاجاب عنه وقال بل لكونه عبدا
لا يورث شبهة اباحة القتل اعتبارا ان الرق اثر الكفر اذ لو اورث الرقية شبهة اباحة
القتل لما جرى القصاص بين العبدين كما لا يجري القصاص بين المستامنين على جواب الاستحسان
لا يرث لعدمها شبهة اباحة القتل وفي المبسوط وغيره وحجتنا في ذلك قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى واما قوله تعالى الحر بالحر فهو ذكره لبعض ما شمله العموم على موافقة
حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد كذلك قابل الانثى بالانثى ثم
لا يمنع ذلك المقابلة ان يقتل الذكر بالانثى فكذلك هذه المقابلة وفي مقابلة الانثى بالانثى
دليل على وجوب القصاص على الحرة بقتل الامة ثم فائدة التخصيص سبب نزول هذه الآية
وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احديهما تدعي
الفضل لنفسها على الاخرى فقالت لا نرضى الا ان يقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد
منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم وزجرا لهم عما ارادوا من قتل غير القاتل بالمقتول
فان قلت لم لا يرد للخصم فيما تمسك في الكتاب بقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وقال
هذا تفصيل لما ذكر في المطلق في صدر الآية وهو قوله كتب عليكم القصاص في القتلى الحر
بالحر فاقتصر الامر عليه كقوله في الكيس مال دراهم ودنانير فانه نص ان لا مال فيه سواهما
وعن علي رضي الله عنه من السنة ان لا يقتل الحر بالعبد والمعنى فيه ان هذا احد نوعي القصاص
فلا يجب على الحر بسبب المملوك كالقصاص في الاطراف بل اولى لان حرمة الاطراف دون حرمة
النفس فالاطراف للنفس ولما لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس كان اولى ولان القصاص
يبنى على المساواة ولا مساواة بين الاحرار والعبيد فان العبد مملوك مالا والحر مالك والمالكية
من امارة العز والمملوكية في امارة الذل فانا نتساوى بان ما جوابنا عنه **قلت** اما الجواب
عن الآية فان صدر الآية حجتنا في العمد بعموم المساواة للحر والعبد واما التفصيل لاجل آخر
الآية لا تغير لها في امارة النفس ولا لذلك بل ورد لرد ما زعموا على ما ذكر في سبب نزول
الآية والدليل على ذلك ان الذكر يقتل بالانثى ولو كان تفصيلا لما قبله لما جاز قتل الذكر
بالانثى وما روي من قول علي رضي الله عنه السنة لا يدل على سنة الرسول عليه الصلوة والسلام
فان القياس من السنة على ان مجاهد روى عنه خلافه وهو الصحيح وهو ان الحديث محمول
على المستهند اذا قتل عبده فقد كانوا مختلفين في ذلك فمنهم من يوجب القصاص واما الجواب
عن الاطراف فنقول النفوس فناس الاطراف لان وجوب القصاص هناك يعتمد المساواة في
الجزء المبان ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والرق تاثير في اجزاء الجسم فينعدم بسببه المساواة
بينهما لا كذلك في النفوس فان الصحيح يقتص بالزمن فاظهرنا اثر الرق في الاطراف دون
النفوس لما ان العبد من حيث النفوس آدمي مكلف خلق معصوما من القتل كرامة من الله تعالى
عليه لما اكرمه من حمل الامانة فيبقى تلك العصمة بحالها وبموجبها وهذا هو الجواب عن قوله ولا
مساواة في العصمة والعصمة بالاحراز والاحراز انما يكون بالدار او بالدين وفي ذلك المعنى الحر والمملوك
سواء هذا كله مما اشار اليه في المبسوط والاسرار والمسلم بالذمي اي يقتل المسلم بقتل الذمي
والخلاف فيما اذا كان قاتل الكافر حال القتل مسلما اما الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل فانه

[illegible]

هذا باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

[illegible]

يجوزون

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

يقتص به بالاجماع كذا في المبسوط وعن ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية
احترازا عن تلك المسالة فانه اذا كان عدم المساواة بعد الجناية فانه يقتل به قصاصا على
ما ذكرنا كما اذا قتل ذمي ذميا ثم اسلم القاتل بل وكذلك الكفر مبيح اي مبيح قتله لقوله
تعالى فاقتلوهم حتى لا تكون فتنة يعني فتنة الكفر وقال عليه الصلوة والسلام امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وهذا الكفر قائم بعد عقد الذمة الا انه عز على
اباحة الدم بعقد الذمة فيعتبر باعتبار شبهة تنتفي به المساواة بينه وبين المسلم ولنا ما روي
ان النبي عليه الصلوة والسلام قتل مسلما بذمي وقال انا احق من وفى بذمته فالفعل نص
والتعليل دليل على انه لا فرق بين ان يكون القاتل مسلما او ذميا ثم اسلم لانه عليه الصلوة
والسلام اجرى الوجوب لذمة المقتول فكان نصا على وجوب القود على المسلم بقتل
الذمي استيفاء القود منه والقتل بمثله اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي غير مورث
شبهة اباحة القتل اذ لو اورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما يجري بين الحربيين
وكذا لا يجري بين المستامنين على جواب الاستحسان علم بهذا ان شبهة القتل في قتل الذمي منتفية
ولما انتفت شبهة الاباحة في قتله صار هو والمسلم سواء ولو قتل مسلما يجب القصاص فكذا
لو قتل ذميا لان شبهة الاباحة منتفية فيها والمراد بما روي وهو قوله عليه الصلوة والسلام
لا يقتل مؤمن بكافر اي بكافر حربي **فان قيل** كيف يشكل الامر في الحربي الذي لا مال له
وقتله فرض **قلنا** المسلم اذا دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا لا يقتل به وانه حرام
قتله كذا في الاسرار وذكر في المبسوط واما قوله لا يقتل غير مجرى على ظاهره بالاتفاق لان
لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء والصبيان فانه لا يقتل المؤمنون بهم بدليل قوله ولا ذو عهد
في عهده ولا يقتل ذو العهد بالكافر واما لم يقتل ذو العهد بالكافر الحربي **فان قيل** هذا
ابتداء اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده ابدا **قلنا** لو او جعلته للعطف خصوصا انه
يكون مستقلا بنفسه وقوله افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون والقصاص ينبئ
على المساواة لغة وشرعا وبعد ما انتفت المساواة بينهم بالنصوص لظاهرها لا يجب القصاص
وكذلك قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا اي لن يشرع لهم ذلك فانه لم
علينا سبيل الغلبة من غير نزع والقتل قصاصا مشروع فانه اعظم سبيل فلا يثبت لهم علينا
ولان الكفر هو المبيح في اصله وقولهم المبيح هو كفر المحارب ينتقض بالمرتد المقهور والاسير
المقهور في ايدينا فانهما يقتلان لقيام الكفر وليس لهما قوة المحاربة فاما جوابنا **فان قيل**
اما العمومات فتعارضهن بعمومات تشهد لنا مثل قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
وبقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل وبفعل
النبي عليه الصلوة والسلام انه قتل مسلما بذمي ثم الجواب عن الاية الاولى فنقول ان مثل هذا
اللفظ لا يجري على عمومه لعدم المساواة في وجوه كثيرة من الانسانية والتكليف والذكورة
والانوثة وغير ذلك فلا بد ان فائدة والذي دل عليه الكلام في تلك الاية هو عدم المساواة
في الفوز والنجاة بدليل سياق الاية بقوله اصحاب الجنة هم الفائزون وكذلك قوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا المراد منه في حكم يوم القيامة بدليل سياق
الاية وهو قوله تعالى فالله يحكم بينهم يوم القيمة ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واما
الجواب عن المرتد والاسير فانهما انما كانا مقهورين ولكن لهما صلاحية المحاربة فاقيمت صلاحيته
المحاربة مقام المحاربة كما اقيم السفر الذي هو سبب المشقة مقام المشقة في اثبات الرخصة
وان لم توجد المشقة في الحال حتى انه اذا لم يكن لهم صلاحية المحاربة كالنسوان والصبيان
فلا يقتلان ايضا فاما الذمي فصار منا دارا وانقطع عنه وان بحيث لا يمكن من الرجوع الى داره
والتحق بالمرأة لان المرأة كما لا تصلح للقتال خلقة فكذلك الواحد لا يصلح لقتال الجماعة خلقة
والكفر انما اقيم مقام العلة المبيحة للقتل لمصالح المحاربة للمسلمين حقيقة وحكما وليس في الذمي

وذلك يضعف الطبيعة عن دفع اثر الجراحة وكما يعرف ذلك عند القطع وكما يعقلون بالشرط
يكون ثابتا قبل الشرط ففعل السراية هذا الفعل عن القتل فلا يكون شرعا مطلقا عن ان يكون
محضا ولا يقال لا يمنع الناس في الابتداء من ان يكون هذا الفعل موثرا في تحصيل المقصود ما لم
يراه لانا نقول ان كان لا يمنع الناس عن ذلك فانه يودي الى تاخير تحصيل المقصود فكما
لا يجوز ابطال مقصود صاحب الحق لا يجوز تاخيره فاما حديث اليهودي فقد روي ان الصبية
ادركت وبها رمق فقيل لها اقتلك فلان اليهودي فاشارت براسها اي نعم فامر النبي
عليه الصلوة والسلام بقتل اليهودي وباشارتها لا يجب القصاص فعلم ان اليهودي كان
مشهورا بالسعي في الارض بالفساد كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوي السن عمدا فانه لا يقتص
ساعيا في الارض بالفساد كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوي السن عمدا فانه لا يقتص
اصلا فاذا جاز ترك القصاص اصلا لوهم الزيادة فلان يسقط البعض منه اولى كذا في
المبسوطين والاسرار لانه اشتبه سبب الاستيفا فانه الولاء او الملك فان سبب استيفا القصاص
الولاء او الملك اي وسبب استيفا القصاص هنالك الرقبة وان كان عبدا وسبب الاستيفا مختلف
وان كان المستوفي متحدا فنزل منزلة اختلاف المستوفي فلا يجب القصاص وحكم هذه المسالة
واصلها فيه تقدير اتحاد الصورة كان نظير مسالة المحاباة في صناعة النحو من مسالة المستفهم
عن المرفوع وهو في قوله من يقول لمن قال جاني زيد من زيد لان يقول لك جاني زيد فمن زيد
بعد قول القائل جاني زيد رفع لفظي ورفع محلي فان الرفع اللفظي هو حكاية لفظ الناطق
بالرفع والمحلي هو ارتفاعه بالابتداء وهذا وان لم يظهر في المرفوع لفظا يظهر في المنصوب
والمجرور في قول اهل الحجاز لمن يقول رايت زيدا من زيدا ولمن يقول مررت بزيد من زيد
فيها مرفوعان محلا على الابتداء وان كان اللفظ منصوبا ومجرورا على الحكاية ولما ظهر
حكم اللفظ وحكم المحل في المنصوب والمجرور من حيث اللفظ اظهرنا ايضا في المرفوع تقديرا
فكان المستفهم حاكيا لمرفوعه بالفاعلية وهو مرفوع المحل بالابتداء ثم في مسالتنا ايضا
اذا قتل المكاتب عمدا وترك وفا ولم يترك وارثا غير المولى اختلف سبب الاستيفا من الولاء
والملك فان اخذ المستوفي وهو المولى فاعتبر الاختلاف ولا يجب القصاص عند محمد رحمه الله وكان
نظير لفظ المستفهم في المرفوع فان المرفوع اللفظي مع المرفوع له التقديري واحد لكن الحد لفظان
مختلفان تقديرا بالفاعلية والابتداء واما اذا قتل المكاتب عمدا وترك وفا وله وارث
غير المولى فكان هو نظير لفظ المستفهم في المرفوع فان المرفوع اللفظي مع المرفوع له التقديري
في المنصوب والمجرور لان الاختلاف بين المنصوب اللفظي والمرفوع الحكمي ظاهر ولذلك
الاختلاف بين المجرور اللفظي والحكمي ظاهر لظهور الاختلاف كما لو كان المكاتب الذي قتل
عن وفا وله وارث غير المولى كان الاختلاف ظاهرا لظهور الاختلاف في المستوفي وفي
السبب فلا يبالي به اي فلا يعتبر باختلاف السبب لعدم افضا به الى المنازعة كما اذا قال
المقر لك علي الف درهم من ثمن مبيع وقال المقر له لا بل من قرض يجب الالف على المقر بخلاف
تلك المسالة لان ثمة اختلافا في الملك لان النكاح يثبت الحل مقصودا ولا اعتبار للبيع مع وجوده
والبيع لا يثبت ولو اثبته لا يكون مقصودا فكان الحل الثابت مقصودا غير الحل الثابت تبعا
وفي تلك المسالة لما كان الاختلاف بالسبب كان الاختلاف في الحكم ايضا ولما لم يتفقا على احد
الحكمين لم يثبت الحل ولو ترك وفا وله وارث غير المولى فلا قصاص اي في قولهم جميعا لانه لم
يتعين المستحق للقصاص في هذه الصورة عندهم كانت قيمته على القاتل لوارثه اذا ظهر الخلاف بين
الصحابة رضي الله عنهم فان على قول علي وعبد الله رضي الله عنهما يموت حرا اذا اديت كتابته
فيكون استيفا القصاص لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا او استيفا
القصاص يكون للمولى كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي بخلاف معتق
البعض اذا مات ولم يترك وفا اي لم يجب القصاص للمولى لان ملك المولى لا يعود بموته
ولا ينقض استحقاق العتق وان اسند ذلك المعتوق اي في نسبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوق ابن

[illegible]

فصل اسه اي وللاب المعتوه وهو حد المقتول ولاية استيفا القصاص وولاية الصلح لانه
من الولاية اي لان استيفا القصاص فتله كالنكاح ولكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفا
القصاص وولاية الصلح لانه من الولاية ~~وذلك~~ لان القصاص شرع لتشفي الصدر وللاب
شفقة كاملة لعد ضرر الولد بنفسه فلذلك يحصل التشفي الحاصل للاب كالحاصل للابن بخلاف
الاخ وله ان يصالح لكن هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم
يجز الحط وان قتل وجب كمال الدية ولو قتل عبد المعتوه لم يكن للوصي ان يقتص وان كان
الولد حيا له ان يقتص وله ان يصالح كذا ذكره الامام المرغيناني كما ذكرنا اراد به قوله لانه ولاية
على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر على نفسه اي على نفس المعتوه وهذا من صلته
اي استيفا القصاص من قبيل الولاية على النفس وسنذكر تحت هذا الاطلاق وهو قوله
والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك ان الوصي لا يملك الصلح على النفس في المال انما يملك الوصي
الصلح عن ما دون النفس في المال لانه يملك استيفاؤه فيملك صلحه على المال لانه تصرف
في النفس للاعتياض والوصي يملكه الا ترى انه لا يملك تزويج الصغيرة وان كان فيه تحصيل
المهر لها مع ان فيه تحصيل المال بمقابلة ما ليس بمال لان ما يقابل المهر وهو البضع ليس بمال
والمهر مال فينزل منزلة الاستيفا اي استيفا قصاص النفس وهو لا يملك استيفا قصاص
فلا يملك الصلح عنه على المال وانه يجب تعميمه اي وان المال يجب بعقد الوصي وفي الجامع الصغير
للمحبوبي وظاهر ما ذكره هنا يدل على ان صلح الوصي عن القصاص في النفس على الدية يجوز لان
فيه تحصيل المال للصبي بمقابلة ما ليس بمال والوصي فيه قائم مقام الاب لما فيه من ابطال
حق المعتوه من القصاص والمال فهو اولى ان لا يملك العفو ومن قتل له اولياء صغار وكبار
فان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والاخر كبير لان المقصود مجيد وهو التشفي قال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهو الاظهر على قول ابي يوسف رحمه الله ومحمد لانهما يجعلان الاطراف
كالنفس في حكم القصاص بالنكول وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار الا ان يكون الشريك
ابا للصغار فيستوفيه عندهما ايضا خلافا للشافعي رضي الله عنه فان عند الشافعي رحمه الله
ليس للاب استيفا قصاص الصغير انما كان الشريك اخا او عما للصغير فعلى الاختلاف الذي
قلنا وان كان الشريك الكبير للصغير اجنبيا بان كان العبد شريكا بين صغير واجنبي فقتل
عمدا ليس للاجنبي ان يستوفي القصاص فيه بلوغه بالاجماع الا ان يكون للصغير اب فيستوفيانه
حينئذ فكان من الوليين اي احدهما غايب واحتمال العفو من الصغير منقطع اي في الحال
وهذا هو الفرق له بين الغايب والصغير وذلك لان العفو من الغايب حال استيفا القصاص
موهوم فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وذلك لا يجوز اما العفو فيما يؤمن عن الصغير
حال استيفا القصاص والشبهة في المال لا يعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص
لاحتمال ان يعدم ولي المقتول على قتله كما في مبسوط شيخ الاسلام في الجامع الصغير للمحبوبي
ثبت لكل واحد كملا **فان قيل** لو كان الحق لكل واحد من الوليين كان لا ينبغي ان لا يوجب
سقوط حق احدهما سقوط حق الاخر كما اذا قتل رجل رجلين وعفى احد المقتولين كان
للاخر ولاية استيفا القصاص **قلت** هناك الواجب قصاصان وهنا الواجب قصاص
واحد ولكن ثبت لكل واحد من الاولياء ولاية الاستيفا وتذعى فيسقط ومسالة الوليين
موضوعة لانه ذكر في الاسرار رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل اوقتل له وليان ويجوز
ان لا يثبت القتل لاحدهما الا اذا اجتمعا كما في نكاح امة اعتقها رجلان او قبل الاعتاق لان
كل منهما مالك النصف والولاية على الشخص لا يثبت الا بالكل والكل لا يثبت الا بهما فقاما مقام
رجل واحد والواحد منهما كنصف رجل وذكر في المبسوط في باب الوكالة بالدم في الديات وصورة
مسالة الوليين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الكبير والصغير والكبير حيث يمنع استيفا القصاص
قبل ان يدرك الصغير بالاتفاق فقال ابو حنيفة رضي الله عنه في جوابه وهذا خلاف ما اذا قتل
عبد مشترك بين الصغير والكبير حيث يمنع القصاص قبل ان يدرك الصغير لان السبب هناك

الملك وهو غير متكامل لكل واحد منهما فان ملك الرقبة يحتمل التجزي ولهذا لم يكن لاحد
الوليين في الامة ولاية تزوجها بانفراده بخلاف ما نحن فيه وان السبب فيه القرابة وهو مما
لا يحتمل التجزي حتى كان لكل واحد من الاوليا تزويج المراة وفيه ايضا مثل هذا وابو حنيفة
رحمه الله استدل بما روي ان عبد الرحمن بن ملجم لما قتل عليا رضي الله عنه قتله الحسن رضي
الله عنه به قصاصا وكان في اولاد علي رضي الله عنه صغار ولم ينتظر بلوغهم والمعنى
فيه ان حق الكبير ثابت في استيفا جميع القصاص وليس في استيفائه شبهة عفو متحقق فيمكن
منه كما لو كان الوارث واحدا وانما قلنا ذلك لان القصاص للورثة على سبيل الخلافة عن
المورث فان وجوبه بعد موت المقتول وقد خرج المقتول من ان يكون اهلا للوجوب للحق
له بعد موته الا ان ما يحصل منه مقصوده من قضا الدين وتنفيذ الوصية يجعل كالواجب
له حكما وهو الدية فاما ما يحصل به مقصود المقتول يجعل واجبا للوارث الذي قام مقامه
في المقصود بالعقود وتشفي الغيظ او دفع سبب الهلاك عن نفسه وذلك يحصل للوارث
بعرفنا انه يجب له ولكن على سبيل الخلافة لان السبب انعقد على حق الميت وقد خرج
عن ثبوت الحكم من ان يكون اهلا للوجوب له فيجب للولي القايم مقامه كما يثبت الملك
للمولى في كسب العبد ابتدا على سبيل الخلافة عن العبد ولهذا قلنا اذا انقلب مالا لا يثبت
فيه حق الميت لا قضا حوائجه يحصل به وهو بمنزلة الموصى له بالثلث لا حق له في القصاص
واذا انقلب مالا ثبت حقه فيه وايد ما قلنا قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا
بين ان القصاص للولي القايم مقام المقتول اذا ثبت هذا فنقول القصاص لا يحتمل
التجزي فاما ان يتكامل في حق كل واحد منهم او ينعدم لانه لا يمكن اثباته متجزيا ولم ينعدم
بالاتفاق فعرفنا انه يتكامل في حق كل واحد منهم الا انه يتعدد القصاص في المحل ولكن
بطريق انه يجعل كل واحد منهم كانه ليس معه غيره بمنزلة الاوليا في النكاح ينفرد كل
واحد منهم بالتزويج كانه ليس معه غيره والدليل عليه انه لو استوفى احدهم لم يضمن
للباقين شيا ولا للقاتل ولو لم يكن جميع القصاص واجبا له لكان ضامنا باستيفا
الكل وهذا بخلاف ما اذا عفى احدهم لان الواجب بعد العفو المال للباقين في المال
يحتمل التجزي فيظهر حكم التجزي عند وجوب المال وهذا لانا لو تيقنا القصاص لاحدهما
بعد عفو الاخر كان من ضرورته تعدد القصاص من الواجب في المحل وهو غير متعدد في المحل
فاما قبل العفو لو قلنا كل واحد منهم يكون متمكنا من استيفائه لا يكون من ضرورته
تعدد القصاص وهذا بخلاف ما اذا كان احدهما غايبا لان هناك جميع القصاص
واجب للحاضر ولان في استيفائه شبهة عفو موجود لجواز ان يكون الغايب عفا والحاضر
لا يشعر به وعفو الغايب صحيح سواء علم بوجوبه او لم يعلم وان اصابه بالعود فعليه
الدية وهذه المسالة هي مسالة القتل بالمثقل وقد اسلفناها في اوايل الجنايات
مشبعا وان اصابه بظهر الحديد اي ولم يجرح فقوله لم اي للشافعي ولنا لكنه
للشافعي لا يستدل بالحديث ولنا الاستدلال بالمعقول المراد المشاكلة وفي خطه الاكمل
وهذا من تتمة الحديث وكذا ايضا فيه ما فيه من الاولى ومنه المقصة المفرا من الحكم
هكذا كان بتصحيح شيخي رحمه الله ووقع في النسخ الحكمان ولا وجه له لان ذكر في الصحاح
الحكم الذي يحوطه وهو الحكمان وهي تسمية بعضه لان كل واحد من الحديدين قاتل للاخر
دفي التنزيل فصه اي اشعارة واتقفا التي الشي في الانسان عنه لان القتل بالسلاح
غالب وبالمثقل نادر والحكمة في الزجر انما هي للغالب دون النادر وهذا شرع الحد في
حق شرب الخمر دون شرب البول واما ما رواه غير مرفوع لان علي قوله يلزم التحريق
في التحريق وهو منهي عنه وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا احدا بعذاب الله وقد نهى
لا يعذب بالنار الا ربها اشارة اليه اي الحد في السياسة اضافة الى نفسه اي اضاف
النبي صلى الله عليه وسلم فعل التحريق الى نفسه بل الاستنادا حيث قال عرقناه ولم يفعل

[illegible]

من عرق لحرف واختلاف الروايتين بالدفع وهو مستدا وقوله في الكفارة حتى اي اختلاف
الروايتين عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة لا في الدية لان الدية واجبة من غير تردد وان
اختلاف الروايتين في شبهة ما ذكرته من الايضاح وقال بعد لعدم ما قال وفي شبهة
العمد الكفارة قال رضي الله عنه ووجدت في كتب اصحابنا رحمهم الله انه لا كفارة في شبهة
العمد على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وهي الخطا في القصد فان كان في وصف المشركين
لا يجب لسقوط عصمته **فرع** في السير فان علم مسلما قد جاء به العدو ومكرها فتبين
بالرمي وهو لعلم حاله وجب القود فيا شاله انه عمد محض وفي الاستحسان لا قود لان كون
المقتول في موضع اباحة القتل يصير شبهة في اسقاط القصاص وعليه الدية في ماله ولا كفارة
عليه ولو اختلف فقال ولي المقتول قصدته بعينه بعد ما علمت انه مكره من جهتهم وانكر
في الصف وقال الرامي انما تعمدت المشركين فالقول للرامي لانه متمسك بالاصل وهو اباحة
الرمي اليهم ولو اقتتل السريتان ليلا من المسلمين او كل واحد يرى ان صاحبه من المشركين
فاقتتلوا فانجلوا عن قتلى بعد علموا فلا شيء عليهم من دية ولان كل واحد منهما باشرت فعلا
مباحا ويجب ان يغسلوا كذا ذكره الامام المرغيناني رحمه الله وفي النوادر ان عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه هذا يكون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه
صار كانه مات حتف انفه بمرض من غير فعله على نفسه عندهما اما عند ابي يوسف رحمه الله
بجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه بمنزلة الباغي وقال الامام قاضي خان رحمه الله
وجنايته على نفسه نوع احدها انها غير معتبرة في حق الضمان لمكان الاستحالة والثاني ولا
احكام الدنيا حتى يصير باغيا حتى يغسل ويصلى عليه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهي معتبرة
في حق الآخرة واحكام الآخرة على قول ابي يوسف رحمه الله تعتبر في احكام الدنيا حتى يصير باغيا
على نفسه فلا يصلى وكان القتل حاصلا سلاحا يجب على الاجنبي ثلث الدية ويكون في ماله لانه
عمد ولا يتحمله العاقلة والله تعالى اعلم **فصل** لما فرغ من بيان المسائل التي توجب
القصاص الحقها فصل يشتمل عرضية ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد بقاله
شهر سيفه شهر اذا سله من خذ صنع اطل دمه اي اهدر اشارة الى الوجوب اي
وقوله وعليهم اشارة الى الوجوب والمعنى فيه اي ومعنى الوجوب وجوب دفع الضرر لان
دفع الشر واجب الا ان يكون غير القتل واجبا وهذا قتل الحربي واجب لا لعينه بل لا علاء كلمة
الله تعالى لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث والمعقول وان شهر المجنون على غيره سلاحا
فقتله المشهور عليه فعليه الدية واجمعوا على انه لو كان الصابل عبدا او صيد الحرم لا يضمن
كذا ذكره الامام المرغيناني فاستثنى المكره على المكره فقتله اذ ذكره الامام البرغوي رحمه الله
وكذلك اذا اكره الرجل الآخر فقال لا قتلنك واي ليقتلني فقتله المكره لا يجب عليه شيء ولكن
هنا وكذا لا يجب القصاص اي على الشاهر وهو الصبي والمجنون وانما لا يجب القصاص اي على
المشهور عليه ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه الشاهر فانصرف وترك الضرب ثم
قتله الآخر اي المشهور عليه دون ما لك اي لا يحل ما لك والله تعالى اعلم بالصواب

باب القصاص فيما دون النفس

لما ذكر القصاص في النفس احتاج الى ذكر بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل لقوله
تعالى والجروح قصاص وذكر في شرح الاقطع واقتضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس
وفي الايضاح بيان القصاص فيما دون النفس مشروع بهذه الآية والمماثلة معتبرة من حيث
سلامة الآخر ولفظ القصاص ينبئ على هذا ولا معتبر لكبر اليد وصغرها **فان قلت** ما
الفرق بين اليد والراس حيث لا يعتبر التفاوت من حيث الصغر والكبر في اليد ويعتبر في الراس
حتى ان رجلا لو شج رجلا موضحة فاخذ ما بين قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج
لكبر راس الشاج كان المشجوج بخير فان شاء اخذ الارش او اقتص به ولا خيار في اليد ان كل واحد
من هذين العضوين لا يتفاوت فيما اختص به من المنفعة **قلت** انما وقع الفرق بينهما من حيث

على الاكثر منه فيكون ربا كذا في الايضاح لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية نفذ بر الاية
على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد رضي الله عنهم ان اعطى له على سهولة واريد
به ولي القتيل فقال لحدها اتاك عفوا اي سهلا من اخيه اي من جهة اخيه المقتول شيء من
المال بطريق الصلح ويكون لا مجهول العقد فانه بعد رما تراضيا عليه فاتباع بالمعروف
اي فعليه اتباع اي ولي القتيل اتباع المصالح بمعروف اي مطالبة ببدل الصلح على وجه
تجامله وحسن معاملته واداء اليه باحسان اي وعلى المصالح الى ولي القتيل باحسان في وابن مسعود صح
الاداء وقال جماعة وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم الاية في عفو بعض
الاولياء ويدل عليه قوله تعالى شيء فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل
من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد
صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع
الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء
اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص واريد بالمصدر
فاتباع واداء الامر فهذا الفعل كما في قوله تعالى فتحرير رقبة وقوله فصيام ثلاثة
ايام وقوله فامساك بمعروف او تسريح باحسان فالمقتول من الصحابة والاية تعين على
المفسرين هذان الوجهان كذا في التفسير ومن قتل له قتيل الحديث تمامه فاهله بين خيرتين
ان شاؤوا قادوا وان شاؤوا اخذوا الدية كذا في الاسرار على ما بيناه اي المراد بقوله اخذوا
الدية الاخذ بالرضا لا بالجبر لانا بينا انه ليس للولي العدول عن القصاص الا برضا القاتل
لانه ليس فيه نص مقدر بكسر الدال من التقدير كالخلع وغيره كالعتاق على مال فاذا لف
على الحر وسولى العبد نصفان لان الواجب بدل عن القصاص والقصاص عليهما على
السوا فيقسم البدل عليهما على السواء كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله واصل
هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين
وهذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس في الزوجين حق في القصاص والدية جميعا عنده
ولكن ما ذكر في المبسوط يدل على ان خلاف مالك في الزوجين لانه قال في المبسوط ولكل
وارث في دم عمد نصيب لمراثه يجوز فيه عفوه وصلحه اما الدية اذا وجبت بالقتل فلكل
وارث نصيب عندنا وقال مالك لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا وكذا انص
في الايضاح ثم قال بعد هذا في المبسوط وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص
عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما العقد وهو
لا يستحق بالعقد الا ترى انه حق الوصي لا يثبت في القصاص وهذا لان المقصود في القصاص
التشفي والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين يتضرر بعضهم ببعض وحجتنا في ذلك قول
النبي عليه الصلوة والسلام من ترك مالا او حقا فلورثته القصاص حقه لانه بدل نفسه
فيكون ميراثا لجميع ورثته كالدية والدليل على استحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه
بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد به فارق الوصية وهذا تبين ان الاستحقاق
ليس بالعقد بل بحكم العقد وقال في الاسرار القصاص يستوفيه الرجال والنساء وقال
الشافعي رحمه الله لا حظ للنساء في الاستيفاء ولكن حق العفو لان المرأة ليست من اهل
القتل لضعفهن ولهذا لا يقتل الكافرة الاصلية ولا يضرب عليهن الجزية الواجبة بكان
القتل فصارت في حق استيفاء القصاص كالصغيرة وان كانت كبيرة ولكنها تملك العفو
لانها كبيرة كما قلت ان المرأة لا تملك انكاح نفسها وتملك الرد اذا انكحت بغير اذنها ولهذا
تعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك
والشافعي رحمهما الله يخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار ولنا ان المرأة تساوي
الرجل في الولاية الثابتة بحق الملك وانما تفارقه فيما يثبت من الولاية على الغير نظرا لها
لنقصان عقلها ولما ثبت بقرب ما لك حتى ملكت العفو والصلح ثبت لها ولاية

[illegible]

الاستيفاء وقوله انها ليست من اهل القتل قلنا انها ان لم تعتد ذلك فانها من اهل
التوكيل والوكيل بالاستيفاء صحيح ثم قال وقال بعض الناس لاحق للنساء في القصاص لانه
لانه يجب بعد الموت **فان قلت** ذكر في الاسرار بقوله وقال الشافعي رحمه الله لاحظ
للنساء في استيفاء القصاص لان المراة ليست من اهل القتل لضعفهن الى اخره وفي الدراية
والتعليل يدل على ان ليس للنساء اجمع من الام والبنت والاخت وامراته حق في القصاص
استيفاء لانقطاعه عند الشافعي **قلت** لما ان الوراثة خلافة وهي بالسبب دون السبب
بالموت اي لانقطاع السبب بالموت **فان قيل** هذا التعليل يقتضي ان لا يرث الزوجان احدهما
من الاخر المال ايضا ومع ذلك يرث احدهما الاخر المال بالاتفاق علم ان هذا التعليل غير
مستقيم **قلت** دفع عنه بما ان وجوب الدية انما يكون بعد الموت لا عن من غير شائبة تعلق
بما قبل الموت بخلاف ساير الاموال فان حق الورثة يتعلق بماله في ابتداء مرض الموت حتى يتقيد
تصرفه في ثلث المال الا في الثلثين وبالموت يتقرر ما يتعلق بموته فليستوي في الدية جميع
الورثة الذين يرثون بالسبب والنسب واما الدية فوجوبها بعد الموت لا غير وحال
وجوبه لم يبق السبب وهو الزوجية فلذلك لا يرث الزوجان كل واحد من الاخر عنده
وانا نقول لا كذلك بل الدية موروثة كساير الاموال بالاتفاق ويجب ان يكون في حق الزوجين
كذلك وذلك لان الدية تجب للميت اولا ثم تثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يستند الوجوب
الى سببه وهو الجرح كمن رمى صيدا فموت ثم نصيب السهم الصيد فانه يورث عنه كما لا اخر
بهذا المعنى والدليل على ان حكم الدية حكم ساير اموال الميت ان الرجل اذا اوصى بثلث ماله
دخل ديته في تلك الوصية لانها بدل نفسه او حصلت بعوض نفسه كساير امواله والدليل
على هذا المعنى ما روي عن علي رضي الله عنه انه كان يقسم الدية على من احرز الميراث هذا كله
مما اشار اليه في المبسوط وكالحد والاسرار لصبابي بكسر الصاد المعجمة يقال تعالى اي تعاون
فاصل ذلك التعاون في المثل مع عمر صنعا اليمن فضيحه هو الذي ذكر في قوله واذا قتل جماعة
واحدا عمدا اقتص من جميعهم جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر
في القصاص المواساة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس
بحق المعتدى عليه ولا مواساة بين العشرة والواحد وهذا شيء يعلم ببداهة العقول قالوا
احد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف يكون العشرة مثلا للواحد وايد هذا القياس قوله
تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن
تركنا القياس لما روي ان سبعة من اهل صنعا قتلوا واحدا ولان شرع القصاص لحكم الحياة
~~الحياة لحكم القياس~~
القياس لحكم الحياة وذلك بطريق الزجر كما قررنا ومعلوم ان القتل بغير حق في العادة
لا يكون الا بالتغالب والاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد فلو لم يجب القصاص على
الجماعة بالواحد ادى الى سد باب القصاص وابطال الحكمة التي وجبت الاشارة منها
بالنص كذا في المبسوط وقال الشافعي يقتل الاول يعني ان قتلهم على التعاقب يقتل
بالاول ويقضى بالديات لمن بعد الاول في تركته وان قتلهم جميعا يقرع بينهم ويقضى بالقود
لمن خرجت القرعة وبالدية للباقين وان اجمعوا الى ان لم يعرف القاتل اي الاول وهو
القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا فالجماعة يقتلون بالواحد بالاجماع
ولو لم يكن التماثل بين الواحد والجماعة ثابتا لما قتلوا بالواحد يعني لما كانت الجماعة
مثلا للواحد كان الواحد مثلا للجماعة ايضا ضرورة لان المثل اسم مشترك لمن ضرورة كون
احد الشيئين مثلا للاخر ان يكون الاخر مثلا له كاسم الاخ فان من ضرورة كون احد الشخصين
اخا للاخر ان يكون الاخر اخا له **فان قيل** الفرق بينهما ثابت وانما اوجبنا القصاص على
الجماعة بقتل الواحد لرد عليه القتل بغير حق من غير اعتبار المماثلة وهذا لا يوجد فيما
نحن فيه **قلنا** لا كذلك بل المماثلة مرعية في القصاص في جميع الصور ثم الزيادة في العدد
ابلغ من الزيادة في الوصف اذا كان لا يقتل المسلم بالمستامن وعلى قوله بالذمي والحر بالعبد

لانعدام

ضرب رجلا ماية سوط فبرئ موضع التسعين وبرئ موضع العشر وكذلك كل جراحة اندملت اي لا يبقى معتبر اصلا لا في حق الارش ولا في حق حكومة العدل وانما تبقى في حق التعزير لا غير هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله واما على قول ابي يوسف رحمه الله حكومة عدل وعلى قول محمد رحمه الله يجب عليه اجرة الطبيب ومثل هذه المسالة مع هذا الاختلاف ودليلها ياتي قبيل فصل الجنين من هذا الكتاب وتفسير حكومة العدل مذكور في اخر فصل الشجاج من هذا الكتاب وقوله ولم يبق لها اثر مقيد به لانه لو بقي لها اثر يجب عليه حكومة عدل لانها لما برئت ولم يبق لها اثر وصارت كجنايتين مختلفتين فكانه ضربه تسعين سوطا وبرا من ذلك مع بقا الاثر فوجبت عليه حكومة عدل بذلك النقصان ثم الدية بالقتل وابو حنيفة رحمه الله يقول لا يجب شي لانه لا قيمة لمجرد الالم الا ترى انه لو ضربه فالمه بها ولم يؤثر فيه لا يجب شي الا ترى لو شتمه شتيمة اكان يجب عليه ارش باعتبار الالم حالا فكذا فيما ذكره الامام المحبوبي رحمه الله ولا قصاص في اللطمة والوكزة والضربة بالسوط لانه لا يمكن اعتبار المساواة الا اذا رضي الضارب فانه يستوفى لانه انما امتنع الاستيفا لحقه كي لا يستوفى منه بالزيادة فاذا رضي فقد اسقط حقه من الزيادة وفي النوادر اذا قال لاخر يا خبيث جاز له بان يقول انت لقوله تعالى لا يحب الله الجهر بالسوء الاية وكذلك في كلمة لا يوجب الحد وقيل معنى الاية هو الرجل يشتمك فتشتمه ولكن اذا افترى عليك فلا تفتري عليه كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وكان العفو عنه اي العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وهما الاقتصار والسراية فينصرف العفو اليهما كما قال المغصوب منه للغاصب ابراتك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب بالغصب وهو رد العين عند قيامه ورد القيمة بعد هلاكه وكذلك المشتري اذا ابرا البايع عن العيب يكون ذلك ابراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد لان اسم القطع يتناول الساري حتى ان من قال لغيره اقطع يدي فقطع ثم سرى الى النفس لا يضمن القاطع كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله بل الساري قتل لان الاقتل فعل مزهق للروح ولما ازهق الروح عقيب هذا الفعل عرفنا انه كان قتلا ولهذا صح العفو بلفظ الجناية لان اسم الجناية يتناول القتل وما دونه وكذا لا موجب له اي للساري اي القطع بطريق القصاص ليس بموجب للقطع الساري من حيث كونه قطعا فلا يتناول العفو فلا يتناول القطع الساري بمجرد العفو عن القطع مطلقا وذلك ان المعتبر في الجنايات مالها الا ترى ان اصل الفعل يوجب القصاص وبالسراية يتبين انه كان غير موجب كما لو قطع يد من المفصل فسرى الى النصف الساعد وباعتبار المال هنا يتبين انه لم يكن له حق من اليد الا ترى انه بعد السراية لو قال الولي عفوتك عن اليد لم يصح ولذلك اذا قال عفوتك عن اليد فسرى فان قلت يشكل هذا بما قال في الجامع الصغير هو ان عبدا لو قطع يد انسان فصالحه مولاه عن القطع على ان يدفع العبد اليه فاعتقه المجني عليه ثم مات فان العتق بذلك العبد صلح بالجناية فلما كان الصلح عن القطع صلحا عن السراية فكذلك العفو وكذلك في الجامع الكبير لو ادعى رجل على رجل شجة مع السراية وشهد له شاهدان احدهما بالشجة والاخر بالسراية يقبل شهادتهما على الشجة ولو لم يكن الشجة حقه بعد السراية لما قبلت الشهادة مع اختلاف الشاهدين والمشهود به وكذلك مسالة الاذن بقطع اليد فقطعه المامور ثم سرى القطع لا يضمن يدل على ان اسم القطع يتناول الساري وكذلك عدم وجوب القصاص في النفس فيما اذا عفي عن القطع يدل على ان العفو عن القطع عفو عما يحدث عنه لانه لو حصل عفوا عن القطع لا غير لوجب القصاص لانه ظهر انه عفي عن ما ليس بحق له قلت في مسالة الجامع الصغير لو لم يعتق العبد حتى سرى فالصلح باطل والقصاص واجب عند ابي حنيفة رضي الله عنه فيبطل ما ذكر هناك جواب القياس وقيل بل ابو حنيفة رضي الله عنه يفرق ويقول هناك الصلح مضاف الى العبد والعبد ليس بسبب لثبوت

فصل

[illegible]

حقه فى النفس وهذا العفو بلا فى العفو وهو القطع او الشجة فيصير ذلك شبهة فى اصلاح
العود واما مسالة الجامع فانما قول محمد رحمه الله ثم انما تبين ان الحق فى النفس اذا سرت
السراية ولم تثبت لان الشاهد بها واحد وبدون السراية الحق فى الشجة وقد اتفق الشاهدا
عليه فقبل شهادتهما فى الشجة لذلك واما مسالة الاذن بقطع اليد فانما سقط الضمان على
القاطع هناك لانه لما قطع يده بامره انتقل العفو اليه وصار فى التقدير كانه قطع يده بنفسه
لنفسه ومات لم يضمن احد فكذا هنا والدليل على انه بهذا الطريق اسقط الضمان عن القاطع
لانه لو جعل هذا اذنا بما يحدث منه لكان اذنا بالقتل حينئذ وفيه تجب الدية على القاطع اذا
مات كما لو قال اقتلني فقتله فانه هناك تجب الدية على القاتل وحيث اسقط الضمان هنا
علمنا انه اذن بالقطع واما عدم وجوب القصاص فان العفو وان بطل معنى من حيث ان
القطع صار قتلا لكنه بقي صورة والقطع فكان العفو معتبرا من حيث الصورة وذلك يكفي
ودرايما يندرئ بالشبهات الا ترى ان المقيم اذا سافر بعد طلوع الفجر فى رمضان ثم افطر
لا كفارة عليه وان كان هذا السفر لا يبيح الافطار فى هذا اليوم لقيام صورته كذا ههنا
كذا فى المبسوط والجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله ولو كان القطع خطا فقد اجراه
مجرى العمد حتى لو قال عفوتك عن القطع كان عفوا عن الدية عندهما اذا سرى فى الخطا عن
ارش اليد عند ابي حنيفة رضي الله عنه فى هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا
والعفو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن الدية فيما اذا كانت خطا والثاني العفو
عن الجناية كان عفوا عن الدية ايضا احدهما ان العفو عن القطع مطلقا يكون عفوا عن
الدية عندهما فيما اذا كان القطع خطا وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يكون عفوا عن ارش
اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة كان عفوا عن الدية اذا سرت الشجة عندهما وعند
ابي حنيفة رضي الله عنه عن ارش الشجة اذن اي اعلم من الايراد اطلاقه اي اطلاق لفظ
الكتاب فى الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع حيث لم
يعترض العمد والخطا فكان للخطا متناولا كما **فان قلت** لا نسلم ان لفظ الكتاب مطلق
بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل العمد حيث اوجب الدية فى ماله لا على العاقلة وهذا الجواب
نعلم ان الوضع فى القطع العمد **قلت** لا شك ان فى وضع المسالة مطلق لا قيد فيه اذ القتل
لا عن لفظ ولكن ما ذكره من الجواب جوابه احد النوعين فكان تقديره فعلى القاطع الدية
فى ماله ان كان القطع عمدا وان كان خطا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود والقود ليس
بمال فكذلك عن دم العمد فى حالتي الصحة والمرض من جميع المال لان دم العمد وبالمرض انما يلحقه
الحجر عن التصرف فى ماله لحق الورثة فيما ليس بماله المرض والصحة فيه سوا القاتل وغير القاتل
فيه سوا الا ترى انه لو اعان انسان بيده لا يعتبر من ثلث ماله وان كان ذلك الرجل قاتلا له
لا يعتبر من ثلث ماله وان كان ذلك قاتلا له كذا فى المبسوط كما اذا اوصى باعانة ارضه اى لا يعتبر
حق الاعانة بالثلث ولذلك لو ابرا الكفيل بالنفس عن الكفالة او تبرع بمنافع الدار وغيرها لا يعتبر
ذلك بالثلث فيصح ذلك سوا كان ذلك فى الصحة او فى المرض اما الخطا فموجبه المال وحق الورثة
تتعلق به فيعتبر من الثلث **فان قيل** القاتل واحد من العاقلة فكيف يجوز الوصية بجميع
الثلث ههنا حتى يصح فى نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل **قلنا** انما جوز
ذلك لان المجروح لم يقل اوصيتك بملك الدية وانما عفى عنه المال بعد سبب الوجوب فكان
تبرعا مبتدا وذلك جائز للقاتل الا ترى انه لو وهب له شيا وسلم جاز وانما يجوز الوصية من
جهته وفى الجامع الصغير لقاضي خان والمحبوبي هذا على قول من يقول ان الدية تجب على العاقلة
ابتدا واما على قول من يجب الدية على القاتل ويتحمل عنه العاقلة فكذلك لانهم يتحملون عنه بطريق
الحوالة وانما يوجب براة ذمة الاصيل ولم يذكر فى الكتاب هل يبطل عفوه اذا ما يتحمل القاتل وهو
قدر نصيبه عن القسمة اختلفوا فيه قال بعضهم لا يسقط قدر نصيب القاتل وقال بعضهم يسقط
الكل لانه لو بقي نصيبه يجعل كان الواجب ليس له هذا فيتحمل عنه العاقلة وهكذا حتى لا يبقى شي

عل الله

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

فان قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

الى ان صار شيئا مستهلكا حكما وامتنع المالك من التسليم ف
اليه منعا علة الراة عن العمل حتى لم يثبت الراة غصبا وصار كانهما اوجبا بعد الاراة وأما
ما قال لو اعقب القطع قتلا لم يضمن شيئا الى الاخر فقلنا انما لم يضمن لان حقه في النفس والاطراف
تابعة للنفس فاذا ثبت له الحق في استيفائها تبعا للمقصود فاذا استوفى الطرف مقصودا
كان مستوفيا ما ثبت حق له الا انه قبل الحق كان متمكنا من ان يجعله تبعا للنفس بقتل كل واحد
من الفعلين وبقي الطرف مقصودا بالاستيفاء ولا حق له فيه مقصودا وكان متصرفا عليه
والدليل عليه ان من وجب له القصاص فزنا بها بلزمه الحد والمستوفي بالوطئ في حكم
جنس العين ولو ثبت له في اطرافها مقصودا لصار ذلك شبهة في اسقاط فعلم بهذا ان ما
بين اعلاف المعقول انما جامعين احدهما وهو انه بالعفو اسقط حقه في النفس وكان ما قطعه
قبل العفو وكانه ما قطعه قبل العفو واقعا قبل محله وتبين ذلك بالعفو وكان العفو مظهرا
وبوقع قطع في غير محله فانصرف الحكم الى المظهر واما جواب قوله ولان القطع بعد العفو لو سرى
الى النفس لم يضمن شيئا الى الاخر مذكور في الكتاب كان مستوفيا حقه واما المرتد فقد سقط
بعد منه في نفسه وطرفه بالارتداد وحق غير من له القصاص على ما ذكرنا هذا كله مما اشار
اليه في الاسرار والمبسوط قوله وانما اعتبر في الحال وملك القصاص في النفس ضروري
لظهوره الا عند الاستيفاء هذا جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني انما كان ملك القصاص
ضروريا حيث انه ظهر الملك الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو
والاعتياض حتى يصح منه هذه الاشياء الثلاثة فلا يكون له الملك فيه بالتصرف بغير هذه الاشياء
والقطع بغير مقصود اعز هذه الاشياء الثلاثة ولا يكون القطع مقصودا حقه فاذا تصرف
بالقطع في القطع في نفسه موجبا الضمان اذا وقع في غير الملك ومما نحن فيه وقع القطع في
غير الملك فيضمن واما اذا لم يعف انما لم يجب الضمان لما انه وهو فيما لم الحق في النفس لانه
من المحتمل ان لم يملك القتل ليكون الاطراف مضمونة عليه فامتنع حكم السبب لمانع فاذا زال
المانع بالعفو ظهر حكم السبب كالامام اي كالقاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك لا شيء عليه
والمأمور بقطع اليد يعني اذا قال رجل لاخر اقطع يدي فقطع يده فمات المقطوع بدين من القطع
لا شيء عليه والمأمور بقطع اليد يعني اذا قال له انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا
قطع ابتداء فصدا لان قصد القطع دون القتل وذلك في الابتداء
فان قلت هذا
قيل اذا كانت غير موجبة للقصاص وقد تنقلب موجبة له في المال فيجب هو الا ترى ان رجلا
لو قطع يد امراة او قطع يدا من نصف الساعد لم يكن عليه قصاص فان سرى الى النفس
يجب القصاص ولهذا تبين ان عند السراية ها هنا ايضا ان اصل الفعل كان قتلا لا ارتفاع
كان وقطعا فصار قتلا لان الفعل لا تصور ان يكون على صفة ثم يصير على صفة اخرى اذ لا
بقاء له ولكن تبين انه كان قتلا من الاصل وهو مثير له كتحويل الحبة ان لم يصبها شيء كانت
متحركا وان القاها على حيوان فمات كان قتلا وها هنا
وان القاها على ما انكسر به كان كسرا وان القاها على حيوان فمات كان قتلا وها هنا
لما انزهق الروح بهذا الفعل عرفنا انه كان قتلا في الاصل ولا حق له في القتل كذا في المبسوط
ولانه جرح افضى الى فوات الحياة ومجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة
او عقدها في غيره وهو البزاغ والحجام والمأمور ولان المأمور اقام الامر المأمور مقامه في قطع
نفسه في قطع مطلق فتحول فعله الى الامر وخرج القاطع عن عهدته ولذلك الفصاد والبزاغ
والحجام انما امروا بفعل مطلق وكانوا من ذلك خرجوا عن عهدته وصار مسلما الى من
امرهم بذلك او هو مندوب الى العفو قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وانما
تقيد بالوصف ما يكون مستحقا عليه فاما ما يكون مباحا فلا كالمشي في الطريق والذي الى
الصيد وتعذر بالروح ذو وجه مقيد بشرط السلامة وان لم يكن في وسعه الخادة لكي
ان ذلك غير مستحق عليه ثم نحن لا يكون مسقطا حرمة صاحب النفس في نفسه واكثر ما
في الباب ان يقابل الحقان حق هذا في طرف وحق الاخر في نفس بحرمته متقومة فيخرج
حرمة النفس على حرمة الطرف ويعتبر الحرمتان بحقه في طرف بتمكن الاستيفاء والمراعاة

[redacted]

ثابت

[illegible]

حق الامر في المغنى بعقد عليه بشرط السلامة وهو منزلة ما لو قلع سن انسان فاستنى به
حولا ولم ينبت ثم لمن اسقط القصاص فان استوفى القصاص ثم نبت السن المقلوعة
سنية او لا وجب عليه ارش من القاطع لهذا المعنى كذا في المبسوط **فان قلت** ما الفرق لابي
حنيفة رضي الله عنه بين المقتص له وبين مستعير الدابة او مستاجرها للركوب اذا ماتت
الدابة من ركوبه حيث لا يضمن المقتص له ويضمن اذا سرى مع ان كل واحد منهما ماذون في ابتداء
الفعل وايضا الفرق له ايضا بين المقتص له وبين المعلم اذا ضرب صبيا باذن الاب وكانت
لا شيء على المعلم بل يجب على الاب الدية وكذا لو قطع يد رجل حربي او مرتد فاسلم ثم سرى الى النفس
لا يضمن والمقتص له يضمن عند السراية **قلت** اما مستعير الدابة ومستاجرها انهما ماذونان
في الركوب من جهة المالك فانتقل فعلهما اليه فصار كان المالك ركب الدابة وماتت من ركوبه
بخلاف المقتص له لا مرانه يقطع بالملك دون الاذن فبقي الاذن فيتقل الفعل الى الاذن دون
المالك وتحقيقه هو ان المقتص له لما كان قطعه بالملك وقلنا قطع قصاصا سرى الى النفس
كان ذلك القطع قتلا وليس له ملك القتل فيضمن لانه تصرف في غير ملكه وكذا المعلم انما
لانه ضرب باذن الاب وامر الاب وكان المعلم بمنزلة الالة له واذا ضرب الاب بنفسه ومات
تجب الدية على الاب فكذا لكنها هنا بخلاف المقتص له بالقطع فانه يقطع بحكم المالك وفي
قطع يد الحربي والمرتد انما لا يضمن القاطع وان سرى لان القاطع بالسراية لم يصر قاتلا من
الابتداء وله قتله ايضا في تلك الحالة لم يضمن وكذا اذا صار قتلا في الانتهاء لانه مستند
الى ابتداء القطع الى هذا اشار في الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله فيكون من باب الاطلاق
فاشبه الاصطياد اي الاباحة والاباحة لا تتقيد بوصف السلامة بدليل انه لو رمى الى
صيد فاصاب انسانا يضمن كذا هنا والله اعلم بالصواب

باب الشهادات في القتل

لما كانت الشهادة في القتل شيئا متعلقا بالقتل نفسه اورد ها بعد ما ذكر احكام القتل لان
متعلق الشيء كان اذون درجة من نفس ذلك الشيء ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب الى ان
قال فانه يعيدها البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد واصل الاختلاف راجع الى استيفا
القصاص في الاصل حق من هو موقع عند ابي حنيفة رحمه الله انه حق الوارث ووقع عندهما
انه حق المورث ولم يستقيم الاستدلال لهم بصحة العفو فان العفو عن القصاص في جواب
الاستحسان كما يصح من المورث المجروح كذلك يصح من الوارث حال حياة المورث لانه ذكر في
واذا عفي المجروح ثم مات فالقياس ان لا يصح عفوه لان القتل بعد لم يوجد وانما وجد
استحسانا لانه سببه فصح العفو لوجود سببه ولو ان الوارث عفى قبل موت المجروح فالقياس
ان لا يصح عفوه لان حقه يثبت بعد الموت فاذا عفى قبل الموت لم لا يصح ويجوز في الاستحسان
لان الحق يثبت الوارث ابتداء بطريق الخلافة عنه فيصح بعد وجوب السبب فلما وقع عند
ابي حنيفة رحمه الله بان القصاص حق الوارث فاحد الورثة لا يكون قائما مقام غيره لا ثبات
حقه لانه ليس بوكل عنه فيعيد الغايب البينة اذا حضر ولما كان القصاص عندهما في الاصل
حق المورث انتصب احد الورثة خصما في اثبات حقوق الميت كما في الدين وقد حصل ذلك
باقامة الحاضر البينة فلا يحتاج الغايب الى اعادتها اذا حضر **قوله** رحمه الله لانه عوض
نفسه لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ولهذا اذا انقلب مالا لانه يكون المال
للمستحق يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه وكالمرأة حق في القصاص انها لا تملك شيئا من
حقوق الزوج الا بطريق الوراثة ثبت ان القصاص حق المقتول كذا ذكره الامام قاضي خان
وله ان القصاص طريق الخلافة دون الوراثة والفرق بينهما هو ان يثبت الملك للوارث
ابتداء للوارث بطريق الخلافة ان يثبت الملك لان العبد ليس باهل للملك كذا او حدث
عطشتي رحمه الله والميت ليس من اهل ذلك ولان الحياة المعروفة التي هي ابقى الحق حيا
وهي المعنى في شرعية القصاص انما يتحقق في حق الورثة لا في حق الميت فاذا ذلك كله قوله

لا يقبل شهادتهم ... [illegible]

[illegible]

فإن قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

باب اعتبار حالة القتل

[illegible]

ثم اصاب صيدا لا جزاء عليه وكذا لو رمى الصيد ثم رماه احرم فاصابه الاول وجرحه
من الصيدية ثم اصابه الثاني فقتله حل لانه حين رماه الثاني لم يكن الصيد خارجا
من الصيدية ولم يعتبر حالة الاصابة وهما يقولان يقول ابي حنيفة رحمه الله في المعتبر حاله
الرمي وهذا وفاقه في هذه المسائل الا ان الرمي اليه في مسالتنا لما ارتد صار مبريا الرامي
من الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وتعقله معتبرا في اسقاط حقه كما اذا ابرأ
المغصوب الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول بقولهما
انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتاق المرتد الردة لا يبطل التقوم
فكيف يكون مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله وفي التمرتاشي
والمحبوبي ولهذا يعتبر حالة الرامي في حق الحل اي في الصيد وكذا في حق التكفير حتى جاز تعقيد
الجروح قبل الموت فصار كانه قتله حين جرحه وفي مسالتنا ايضا يصح التكفير قبل الاصابة
لانه ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان وبصيرة فالثلاثين وقت الرمي وهذا لو كانت الجناية
خطا فلو عتق بعد الرمي قبل الاصابة صح تكفيره وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعد الرمي ثمانمائة درهم يلزمه ما بينا
درهم له ان العتق قاطع للسراية الا ترى ان من قطع يد عبد انسان خطا ثم اعتقه مولاه
ثم مات لا يجب قيمة النفس وانما يجب عليه ارش اليد مع النقصان الذي نقصه
القطع الى ان عتق دل على ان العتق يبطل سراية الجناية وهو بنفس الرمي صار جانيا على هذا
الشخص بعد ما بطل جنايته ولا يجب عليه قيمته كاملا غير انه يضمن فضل ما بين قيمته
مرميا الى قيمته غير مرمي لان الرمي يوجب النقصان فوجب ضمان النقصان كالقطع
لما انه نصير فالثلاثين وقت الرمي ثم الفرق لابي يوسف بين هذه الصورة وبين المسالة
الاولى وهي ما اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه ثم وقع به السهم فليس على الرامي شيء
عنده اعتبارا لوقت الاصابة وههنا جعل قيمة العبد للمولى اعتبارا لوقت الرمي هو
ان المرمي اليه بالارتداد خرج من ان يكون معصوما فصار مبريا له عن الجناية لما ان الردة
تنافي العصمة فلا يجب الضمان للمنافي واما ههنا فالمعترض على الرمي اليه ليس الا العتق
وانه لا ينافي وجوب الضمان فيجب عليه قيمته للمولى وقد ذكرنا انه يوافق ابا حنيفة
رحمه الله في ان الاعتبار بوقت الرمي لكن في مسالة الارتداد جعل الارتداد بمنزلة
الابراء والابراء عن الضمان بعد تحقق السبب صحيح على ما ذكرنا هذا كله مما اشار اليه الامام
المحبوبي واما الرمي قبل الاصابة فليس باتلاف شيء منه فلا يجب به الضمان ولكن العقد
الذي علة تامة لا يجب الضمان عند الاتصال بالمحل وعند اتصال المحل يستند الواجب
الى وقت الانعقاد فلم يوجد مخالفة النهاية البداية بخلاف الجرح فان هناك اتصلت
العلة بالمحل فوجب ضمان الجرح للمولى في الحال وعند السراية لو قلنا بضمان النفس
كان ذلك الضمان للعبد المعتق فخالفت النهاية البداية فلذلك وقع الاعتاق قاطعا للسراية

٥ كتاب الديه ٥

ذكر مسايل الجنايات التي توجب الضمان ظاهر التناسب لما ان الدية احد موجبي الجناية
لان موجبها القصاص والدية لكنه قدم احكام القصاص على الديات اما اشارة الى موجب
القتل هو القصاص عينا كما هو مذهبنا لكن للولي العدول الى الدية واما لان معنى
الاحياء والصيانة في ايجاب القصاص اكثر فقدم ما هو اكثر مقصودا به لان الاصل هو الصيانة
واما لان وجوب الدية فيما كان فيه من العوارض كالخطا او في معنى الخطا فالعوارض مؤخرة
عن الاصول فلذلك ما يتعلق بهاتين المسائل كانت متاخرة عما يتعلق من المسائل المتعلقة
بالاصول واما المحاسن فهي المحاسن المذكورة في القصاص يذكرها ههنا مع زيادة احيا
القاتل ههنا وهو ابقاؤه حيا كما كان ثم الدية لغة مصدر ودى القاتل المقتول
اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية للمصدر وكان

[illegible]

الياء في آخرها عوضاً عن الواو في أولها كالعدة والعظة ويقول في الامر من يدي دِ فادي
ومنه الحديث قوموا فدوه وأصل التركيب يدل على معنى الجري والخروج ومنه الوادي لأن الماء
يدل فيه أي يجري ويسيل ثم اعلم أن القتل بغير حق من أعظم الجنايات بعد الإشراك
بالله تعالى قال الله تعالى من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس
أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً وذلك لأن قتل النفس إفساد العالم ونقض
البنية ومثل هذا الفساد من أعظم الجنايات ومعلوم أن الجنايات مزجور عن الجناية
إلا أنه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد في الآخرة ما انزجر إلا أقل القليل فإن
أكثر الناس إنما ينزجرون عن مخافة العاجلة بالعقوبة وذلك مما يكون متعلقاً بالجاني
فشرع الله القصاص والدية ليحقق معنى الزجر وهذا الكتاب لبيان ذلك وقد سماه محمد
رحمه الله كتاب الديات لأن وجوب الدية بالقتل أعم من وجوب القصاص فإن الدية تجب في
الدية وشبه العمد وفي العمد عند تمكن الشبهة ولذلك الدية تتنوع أنواعاً والقصاص لا يتنوع
فلهذا رجح جانب الدية في نسبة الكتاب إليها هنا كذا في المبسوط ولم يحمل المذكور كل الواجب
حرف الفاء يقتضي لما أدخل الفاء على هذا الواجب علم أن هذا المذكور هو كل الواجب لأن تدخل
الفاء على جزاء الشرط المذكور قبله وهو إنما يكون جزاء أن لو كان كل الجزاء والا لم يكن
جزاء حتى لو قال الرجل لامرأته إن دخلت فأنت طالق ومن نيته أن يعزل وعبده حر لكن
لم يتلفظ له لا يكون ذلك الذي هو غير مذكور جزاء فلذلك ها هنا ينبغي أن يكون المذكور
كل الجزاء أو لكونه كل المذكور يعني لو كان غيره مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة إلى البيان
وحيث لم يذكر دل على أنه غير مراد لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان
بيان والظاهر سلامة أطرافه أي يشترط في رقبة الكفارة سلامة الأطراف من
اليد والرجل والعين واللسان فيكتفى في الطفل الرضيع بظاهر الحال من سلامة الأطراف
لأن الظاهر من حاله أن أطرافه سليمة **فإن قيل** يشكل على هذا ما ذكره بعد هذا
وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل حيث لم يكتف هناك بظاهر
الحال بأن هذه الأعضاء سليمة حتى يجب على القاطع خطأ دية كاملة **قلت**
قد ذكرها هنا بقوله والظاهر لا يصلح حجة للدفع ولأنه إذا عاش ها هنا ولم يقطع
أطرافه بعد سلامة أطرافه وأما هناك لما قطعت أطرافه لم يظهر لنا سلامة أطرافه
لا في حال القطع ولا بعد القطع وفي الإعتاق لم يستند إلى حدوث السلامة فافترقا وهو
الكفارة في الخطأ أي عتق رقبة مؤمنة الذي ذكرنا في شبه العمد وهو الكفارة وفي الخطأ
ودية أي ودية شبه العمد وإنما قيد به لأن دية الخطأ المحض مائة من الإبل أخماساً
على ما يجيء وهذا لأن دية شبه العمد يجب منه الدية أرباعاً وقوله عند أبي حنيفة رضي الله
عنه ولا يتضاد بذكر أبي حنيفة مخالفة لعامة روايات الكتب من الإيضاح والأسرار والمبسوط
والذخيرة وغيرها فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف خمس وعشرون
بنت مخاض بنصف سنة وكذا في غيرها لأن أحد عشر الربع والتسعين يجيء منصوباً بالمعرفة
الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها وقد يقال خلفات وعلى هذا التفسير
كان قوله في بطونها أولادها صفة مقررة كما في قوله عليه الصلاة والسلام ما أبقته
الفرائض فلأولى رجل ذكر ولأن دية شبه العمد أغلظ أي من دية الخطأ المحض فإن الإبل
تجب فيها أخماساً بالإجماع فعلم بذلك أن جانب التغليظ مرعي ها هنا ثم قال محمد والشافعي
رحمهما الله فيها جانب التغليظ أكثر رعاية مما قلنا لأنا نقول تجب الدية في شبه العمد على قول
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تجب من الإبل أرباعاً على ما ذكر في الكتاب وهو قول
ابن مسعود رضي الله عنه وقال محمد والشافعي رحمهما الله تجب أثلاثاً ثلاثون حقة وثلاثون
جذعة وأربعون ما بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة وهو قول عمر وزيد والمغيرة بن شعبة
وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم وكما روي عن ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ

فإن

[illegible]

فإن قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

فصل فيما دون النفس

[illegible]

وجب اعتبار الأصل سقط اعتبار الأطراف فأما ما بعثت النفس بمنزلة المنافع صارت فائتة
عليه معصوداً أو بعضها ليس يتبع للبعض ففي حق كل واحد منهما يجعل كأنه لم يعتبر غيرها وفي شعر
الرأس الدية إذا لم ينبت وهو كما قلنا أن الدية بمقابلة لأنه يفوت به منفعة الجمال وذكر
الإمام التمرتاشي أن لو حلق رأس إنسان ولم ينبت تجب الدية الرجل والمرأة والصغير
والكبير فيه سواء لا يطالب بالدية حال الحلق بل يؤجل سنة لظهور التفاوت وكذا لو حلق اللحية
فإن مات الحالق رأسه أو لحيته قبل مضي السنة ولم ينبت لا شيء فيه وقيل فيه حكومة عدل
ويستوي العمد والخطأ يعني كما يجب في حلق اللحية والرأس خطأ فكذلك إذا حلقهما عمداً تجب
الدية لا القصاص فإن قيل يعني له حلقهما عمداً مع إمكان المساواة في الحلق فوجوب القصاص
يدور مع العمد وإمكان المساواة في الجنايات وقد وجد هذان الوصفان في حلق العمد قلت
إن القصاص عقوبة والعقوبات لا تثبت قياساً وإنما تثبت نصاً واستدلالاً بالمنصوص
عليه لأن النص إنما ورد بالجراحات قال الله تعالى والجروح قصاص وحلق الشعر ليس في
معنى الجراحات لأنه لا يحتاج إلى تفويته إلى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيه السراية كما يتوهم
في الجراحات وليس منها إماتة إماتة ذي روح كما في الجراحات لأن لا روح للشعر لأنه ليس من ذات
الإنسان لأنه لم يخلقه وإذا لم يكن الشعر نظير الجراحة لم يكن النص الوارد في الجراح
وارداً في الشعر ولو أوجبنا القصاص فيه أوجبناه قياساً ولا وجه إليه كذا في الذخيرة
علم أن مراده إلا هذا مجازاً أي الشعور أشفار العين يعني وهذا الذي ذكره في الكتاب
من البسط مأخوذ من مبسوط شيخ الإسلام وقال فيه وحمل محمد رحمه الله الأشفار اسماً للشعر
الذي ينبت على حروف العين وأطرافها التي ترى أنه قال في أشفار العين الدية الكاملة
إذا لم ينبت والشعور هو الذي ينبت على حروف العين وأطرافها وقد خطأه أهل اللغة
في هذا وقالوا الأشفار هي منابت الشعور وهي حروف العين وأطرافها والشعور التي
عليها اسمها الهدب قال الراوي كأنه أخذ من شفير الوادي وهو جانبه وحرفه وسميت منابت
الشعور أشفاراً لأنها تحدد الأجفان وإليه ذهب العيني في كتابه ولكن مشايخنا قالوا
بأن الأمر كما قالوا بأن الأشفار اسم لمنابت الشعر واسم الشعور الهدب إلا أنه كنى بالأشفار
عن الهدب للاتصال والمجاورة بينهما كما سموا القربة راوية وهي البعير الذي يستقى عليه الماء
لاتصال بين القربة والبعير وكما قيل للمطر سماء ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه
هكذا أيضاً لأنه ذكر في المبسوط وأما أن يكون أرباعاً في البدن فهو كأشفار العين يجب
في كل شفر ربع الدية ويستوي أن ينتف الأهداب وأفسد المنبت أو قطع الجفون كلها بالأشفار
لأن يفوت الجمال بذلك وذلك يفوت المنفعة لأنه بالأهداب والجفون ينفي الأذى عن
العينين وتفويت ذلك ينقص من البصر ويكون أحق العمى فتجب الدية كاملة وهي أرباع
في البدن فيتوزع الدية عليها في كل واحد منها ربع الدية وهو نظير انقسام دية اليد على
الأصابع لو قطع جميع الأصابع الواحدة يجب عشر الدية ويكون ذلك باعتبار مفاصل
الأربع فيكون كان كل مفصل ثلثه والأسنان والأضراس كلها سواء كان من حيث أن يقال
والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما هو المذكور في المبسوط ولأن الأضراس
اسم لما سوى الثنايا من الأسنان أو يقال والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث
لأن السن اسم جنس يتناول لما تحتها من الأنواع كالأنياب والنواجذ والطواحين والضواحك
يجمع بين الأنواع أو يلحق باسم الجنس فأما الجمع بين اسم الجنس والنوع فلا وهذا الذي ذكره
احتراز عن قول من فضل الطواحين على الضواحك لأنه ذكر في المبسوط تستوي في ذلك الأنياب
والنواجذ والطواحين والضواحك ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحك لما فيها من زيادة
المنفعة ولسنا نأخذ بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في كل سن خمس من الإبل من غير فصل
فإن كان في بعضها زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال والجمال في الآدمي كالمنفعة حتى إذا قطع

[illegible]

[illegible]

جميع اسنانه فعليه ستة عشر الفا اي من الدراهم لان الاسنان اثنان وثلاثون فاذا وجب في كل
سن نصف عشر الدية حسابه بلغت الجملة ستة عشر الفا وليس في البدن جنس عضو يجب بقوته
الارش مقدار الدية سوى الاسنان فاذا قلع جميع اسنان الكوسج فعليه اربعة عشر الفا لان
اسنانه يكون ثمانية وعشرين هكذا حكى ان امراة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان لم تكن لي لحية
كانت طالق فسئل ابو حنيفة رضي الله عنه عن ذلك فقال تعد اسنانه فان كانت اثنان وثلاثون
فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج فان المتعلق تفويت جنس المنفعة اي الموضع الذي
يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت كل المنفعة **فان قلت** قد ذكرت مثل هذا من رواية
المبسوط والزيادات رحمه الله ان في قطع اليد الشلاء وفي العين القائمة العوراء حكومة عدل
ثم ذكر في الكتاب في هذه المسألة ان في ذهاب منفعة اليد والعين مع انتقاص صورتها كمال
الدية فعلم بهذا الصورة والمعنى كل واحد منهما موجب بحياله فعلى هذا ينبغي على كل من قطع
يدي الرجل الصحيحتين الدية مع حكومة العدل لما الدية لازالة المنفعة والحكومة لازالة
الصورة **قلت** نعم كذلك الا انه اذا اجتمع الاقل والاكثر من الارش في موضع واحد يدخل
الاقل في الاكثر كما اذا شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه يدخل ارش الموضحة في الدية
وكما اذا قطع اصابع يد واحدة مع الكف فانه يجب نصف الدية يدخل ارش الكف الذي حكومة
العدل في ارش الدية وكذلك هنا يدخل ارش الصورة الذي هو حكومة العدل في قطع اليد الشلاء
في ارش منفعة اليد الذي هو نصف الدية فيجعل الصورة تبعا للمنفعة كالو اوضحه فمات
حيث يدخل ارش الموضحة في الدية بل ارش جميع بعض الاعضاء يدخل في الدية لكون الاطراف
تبعا للنفس فكذا هاهنا **فان قلت** ففي الديات كما ان ذهاب المنفعة المقصودة موجب
الدية كما في اذهاب العقل والسمع والبصر فكذا اذهاب الجمال ايضا موجب للدية كما في حلق اللحية
والحاجبين وقطع الاذنين الشاخصين ثم في قطع اليدين الصحيحين ازالة المنفعة المقصودة
وكذلك في ازالة الجمال ايضا فلم جعل الجمال هاهنا تبعا للمنفعة ولم يجعل
المنفعة تبعا للجمال حتى اعتبر زيادة المنفعة فقول لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات
الصورة بل فوات الصورة معتبر في ايجاب الدية ايضا كما ارسلنا من النظائر من حلق الحاجبين
وغير مع ان كل من الصورة والمنفعة موجب كل الدية فلم يجمع فيه الاقل والاكثر حتى باستتباع
الاكثر الاقل **قلت** قال في المبسوط في تعليل مسألة لسان الاخرس واليد الشلاء حيث
يجب فيه حكومة العدل لا الدية فقال لان الاعضاء التي تكون المقصود بها المنفعة ففي الجمال
منها تبع فباعتباره لا يكامل الجناية في حق الارش ولما اجتمعا جعل الجمال ايضا تبعا للمنفعة
المقصودة ولان الجمال لما كان تبعا فيها عند الانفراد حتى وجب حكومة العدل في اليد الشلاء
فلان يكون تبعا للمنفعة المقصودة عند الاجتماع معها اولى **قوله** رحمه الله لتفويت جنس
المنفعة اي منفعة الشلل لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة لان الجمال المودي كونه
منتصب القامة قيل في معنى قوله تعالى خلق الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وذلك
يفوت اذا احدب والجمال للادمي مطلوب كالمنفعة فيفوت الجمال الكامل يوجب الدية كاملة
كذا في المبسوط والله اعلم **فصل حكم الشجاج** لما ذكر حكم ما دون النفس
ذكر في هذا الفصل حكم الشجاج لانه من احكام ما دون النفس ذكر فصله وفصل على حدة لكثرة مسائل
الشجاج اسما وحكما حتى لو تعدت الشجة من هذا الحد الذي هو الامة تفضي الى القتل فلا كلام
في القتل انما الكلام في الشجة الشجاج عشر لوجوب الانحصار فيها لتفاوت اثارها لانها اما ان تصل
ام الراس الذي فيه الدماغ من غير زيادة ولا نقصان لان الشجة لا تخلو اما ان تقطع الجلد ام لا فان
قطعت فلا تخلو اما ان تظهر الدم ام لا فان لم تظهر فهي الحارصة فان ظهر فلا تخلو اما ان يسيل
الدم بعد الاظهار ام لا فان لم يسيل فهي الدامعة فان سال فلا تخلو اما ان يقطع بعض اللحم مع سيلان
الدم فان لم يقطع فهي الدامية فان قطعت فلا تخلو اما ان قطعت الكل الذي بينه وبين العظم

لا يعارض النص وكان ما يجب فيه المقدر نصًا اولى وهكذا لان المصير الى الراي لاجل
المرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عند امكان ايجاب الارش المقدر بالنص واما قولنا ونحنا
بالمنع فقلنا ان المصير الى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة ولا مساواة بين الراي
والنص فلا يصار الى الترجيح بل ما كان الاعتبار عند ابي حنيفة رضي الله عنه للنص وتقدير
الشرع في هذا المقدار يمكن ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان الاصبع الواحدة
ارشها عشر والكف تبعًا للاصابع وان كانت واحدة هذا اذا بقي اصبع واحدة واما
اذا لم يبق من الاصبع الا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عند ابي حنيفة رحمه الله يجب فيه
ارش ذلك المفصل ويجعل ذلك الكف تبعًا له لان ذلك ارش ذلك المفصل ويجعل في الكف
الكف تبعًا له لان ارش ذلك المفصل مقدر وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع كما اذا
بقي واحد من اصحاب الخطة في المحلة لا يعتبر السكان وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اذا
بقي دون اصبع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل في الاكثر لان ارش الاصبع منصوص
عليه واما ارش كل مفصل منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك المنصوص عليه بنوع راي
ولم يثبت اصلا باعتبار النص فاذا ورد النص في ارش مفصل واحد اعتبرنا فيه الاقل والاكثر
ولكن الاول اصح كذا في المبسوط ثم اعلم انه لو قطع الكف ولا اصابع فيها قال ابو يوسف
رحمه الله فيها حكومة عدل لا يبلغ بهذا ارش اصبع لان الاصبع الواحدة يتبعها الكف
على قول ابي حنيفة رحمه الله فلا يبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كذا في الايضاح وفي الاصبع
الزائدة حكومة عدل سواء كان في العمد او في الخطأ وسواء اذا كان للقاطع اصبع زائدة
ام لا هكذا ذكره في الذخيرة وقال لا قصاص فيه سواء كان للقاطع اصبع زائدة او لم يكن
ولا يجب القصاص لوجهين احدهما ان القاطع قطع اصبعا زائدة وليست له اصبع زائدة
فلا يوجبه القطع اخرى ولا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام والثاني
ان المساواة في القيمة شرط لجريان القصاص في الاطراف ولم يوجد لان قيمة الاصبع الزائدة
حكومة عدل وقيمة اصبع غير زائدة ارش مقدر ولا مساواة بينهما في القيمة فكان بمنزلة
ان العبد قطع يد العبد وان كان للقاطع اصبع زائدة فلا يجب القصاص لعلة واحدة وهي
ان المساواة في القيمة قطعا دليل شرط ولم يوجد لان الواجب في قطع الاصبع الواحدة
حكومة عدل وحكومة العدل انما تعرف بالقيمة والقيمة تعرف من حيث الحزر والظن
ولهذا لا يجب القصاص في اطراف العبيد وقوله لانه جزء من يده لكنه لا منفعة فيه
وان قيل يشكل على هذا التعليل ما اذا كان على ذقن رجل شعيرات معدودة فازالها
اخر ولم ينبت مثلها لم يجب فيه حكومة عدل على ما ذكر في قيل هنا في مسالة الشارب
وان كان الشعر جزءا من الادمي بدليل انه لا يحل الانتفاع بشعر الادمي ولا بيعه لانها من
اجزاء الادمي **قلت** حكومة عدل لا تجب بمجرد ازالة جزء الادمي بل انما تجب اذا بقي
له اثر شينه فلذلك الشعيرات المعدودات في الذقن لا شينه ولا اثر بينه واما في قطع
الاصبع الزائدة بقي له اثر لا محالة بحيث يشينه مع انه جزء الادمي فلذلك وجب حكومة
العدل فيه وكذلك السن الشاغية اي في قلعها حكومة عدل لما بينا وهو قوله لانه
جزء منه والسن الشاغية جزء منه فالسن الشاغية هي الزائدة على الاسنان وهي
التي تخالف نبتتها نبتة غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامراة شغواء فانها وان
كانت زائدة فانها نقصان معنى فان قيل فان شغى النقص وان كان زائدا والظاهر
لا يصلح حجة للالزام وانما هو بالالزام لنا هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه
لا يعتق عبدا صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء لو ما بينه تخرج عن الكفارة لان الغالب
هو السلامة وقد ذكرنا في اوائل الديات في مسالة الكفارة في قوله وتحريره وصبع الاذن
الشاخصة اي المرتفعة من شخص بالفتح شخوصًا اي ارتفع ومن شج رجلا فذهب عقله دخل
ارش الموضحة في الدية وعلى قول الحسن رحمه الله لاختلاف محل الجناية فان محل الموضحة غير محل

العقل بخلاف الشعر مع الموضحة و لكنا نقول ذهاب العقل في معنى تبديل العين والحاقه
بالبهائم فيكون بمنزلة الموت او نقول ان العقل ليس بموضع بشاد اليه فصار كالروح للجسد
كذا في المبسوط و في الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله و ارش الموضحة يجب لفوات جزء من الشعر
حتى لو نبت لسقط اي لو نبت الشعر و التامت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فيدل هذا
ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر و كذلك وجوب الدية ايضا بسبب فوات الشعر
كله فعلم بهذا ان سببهما شيء واحد وهو فوات الشعر فلما كان كذلك يدخل الاقل في الاكثر كما اذا
قطع الكف من المفصل حيث يدخل موجب الكف وهو حكومة العدل تحت ارش الاصابع وقال
في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك
الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء و اذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر فما
دونه باعتباره ايضا و اذا ذهب من الشعر بعضه فعلى الجاني الاكثر من ارش الشعر و ارش
الشجة و يدخل الاقل في ذلك لان في ايجاب الاكثر يتحقق اعتبار السبب الموجب للاقل و اذا اتحد
السبب معنى و ذكر في الذخيرة بعدما ذكر الشجاج العشر و ارشها كالهاشمة و المنقلة والامة
فقال و في هذا كله و اذا برئ و لم يبق له اثر لا يجب شيء الا عند محمد رحمه الله فان قال يجب مقدار
ما انفق الى ان برئ بعد ذكر رجل شج رجلا موضحة فالتامت و نبت الشعر قال ابو حنيفة رضي
الله عنه ليس عليه شيء و قال ابو يوسف رحمه الله عليه الارش كاملا و ان التامت و لو نبت
الشعر فعليه الارش في قول لم يختلفا و في العيون رجل شج رجلا موضحة فبرئت و نبت الشعر
فالقياس ان لا يجب عليه شيء وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه و قال ابو يوسف و محمد رحمهما الله
يستحسن ان يجعل عليه حكومة عدل مثل اجرة الطبيب و كذلك كل جراحة برئت و قد تعلق الى
ارش الموضحة و الدية بسبب واحد وهو فوات الشعر بالتحقيق فتداخلا فصار كالبد من حد علم
تقال شلت يد من سببا بالفتح و ذكر في شرح الطحاوي اذا قطع من اصبع مفصلا واحدا فشل
الباقي من الاصبع او الكف لا يجب القصاص و لكن يجب الدية مما شل منه ان كان اصبعا فدية
الاصبع و ان كان كفا فدية الكف و هذا بالاجماع **قوله** رحمه الله قالوا هذا قول ابي حنيفة
و ابي يوسف وذكر ابي يوسف هاهنا وقع سهوا الخروجه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة
ينبغي ان يذكر محمد مكان ابي يوسف كما هو في الايضاح او لا يذكر احدا اصلا كما هو في رواية
المبسوط و شرح الجامع و الذخيرة و المغني اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان خطا و اما اذا
كان عمدا فقد ذكر في الذخيرة محلا الى الجامع الصغير فقال و اذا شج رجلا موضحة عمدا فذهب
من ذلك سمعه و بصره فلا قصاص في شيء عند ابي حنيفة رحمه الله و لكن يجب ارش الموضحة
و دية السمع و البصر و عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله يجب القصاص في الشجة و يجب الدية
في السمع و البصر و عند ابي يوسف و محمد يجب القصاص في الشجة و يجب الدية في السمع و البصر
وجه الاول و هو ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بخلاف السمع او البصر او الكلام
بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضا فكان ذهاب العقل يبطل منفعة جميع الاعضا
وجه الوجه الثاني وهو قول عن ابي يوسف رحمه الله الشجة يدخل في دية السمع لان السمع
و الكلام منطق معتبر بالعقل فلذلك يدخل ارش الشجة في دية السمع و الكلام و البصر
وقال في الايضاح و هذا الفرق لا يتضح وذكر في المبسوط بعدما ذكر تعليل ابي يوسف ولكنا
نقول محل السمع غير محل الشجة و كذلك محل البصر و بفوتهما لا يتبدل النفس فانما يجب الدية
لفوات منفعة مقصودة فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة قالوا و ينبغي ان يجب الدية
فيهما اي قال المشايخ على قول ابي حنيفة ينبغي ان يجب الدية في العينين و الارش في الموضحة
قالوا و ينبغي ان يجب الدية في العينين و انا كرر لفظ قالوا لان الاول في قول ابي حنيفة و الثاني
في قولهما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فالارش في الموضحة القصاص
و الدية في العينين وله ان الجراحة الاولى سارية الى الاخرى و ابو حنيفة رحمه الله يقول
هذه جناية و سرايتها و قد تعذر ايجاب القصاص باعتبار سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار

اصلها

اصلها كما لو قطع مفصلا فشلت الاصبع و هذا لان السراية مع اصل الجناية في حكم فعل واحد
[illegible]

اي في سقوط السن بعد السنة اي قال المضروب انما سقطت من ضربك فقال الضارب بل سقط بسبب
اخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة الالم وفي بعض النسخ وعن ابي حنيفة مكان قوله وعن
ابي يوسف والاول اصح لان ذكر قول ابي يوسف رحمه الله فيما بعد في حق هذا الحكم ولانه ذكر في الذخيرة
نظيرها قول ابي يوسف رحمه الله في هذا الموضع وسنبين الوجهين وهما وجه قوله لا يجب لما بقي على
الضارب ووجه حكومة الالم والموعود فيما بعد هذا هو قوله سقط الارش عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف هو ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين
ان زال والالم الحاصل ما زال لما ذكرنا وهو قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود وكذا لو احمر او
اخضر اي لا قصاص بل الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله واما لو اصفر ذكر شيخ الاسلام
انه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجب كما ارش السن كما في الاسوداد والاحمرار وبعضهم قالوا يجب
حكومة عدل لانه يفوت منفعة جنس منفعة السن ولا يفوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد يكون
لون الاسنان في بعض الانسان واما يمكن منه نوع نقص فيجب حكومة عدل واما الخضرة والحمرة والسواد
لا يكون الاسنان بحال فيكون مفوتا الجمال على الكمال كما في الاذنين كان محمد رحمه الله اوجب كمال الارش
باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون الشين والاضراس التي لا ترى او التي ترى قالوا يجب ان
يكون السن من الاضراس التي ترى او من العوارض التي ترى ويجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل
ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فات منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا وان لم
يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل لانه منفعة قائمة وجماله ليس بظاهر فيجب فيه حكومة
عدل وان كان السن من العوارض التي ترى ويظهر من الانسان يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم
يفت منفعة لانه فوت جمالا ظاهرا على الكمال هذا كله من الذخيرة وقال ابو يوسف عليه ارش
الالم وهو حكومة عدل ذكر في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يجب فيه
حكومة الالم وعن محمد قال فيه اي اجر العلاج واجر الطبيب فصار كانه اخذ ذلك من ماله اي فصار
كان الضارب اخذ ذلك العدد من مال المضروب فاعطاه الى الطبيب الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول
ان المنافع على اصلنا لا تتقوم هذا جواب عن اصلين قولهما وهو قوله والالم الحاصل ما زال
يجب تقويمه وقوله واما يلزمه اجرة الطبيب فقال وحمل الالم من المنافع ولذلك معالجة
الطبيب والمنافع انما تتقوم بالعقد كما في عقد الاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او بشبهة
كما في عقد الاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد احدهما في حق الجاني فلا يغرم
شيا وذكر في المبسوط ولو قلع سن رجل فنبتت كما كان فلا شي عليه في ظاهر الرواية وقد روي عن
محمد رحمه الله يجب عليه حكومة العدل بقدر ما لحقه من الالم وعن ابي يوسف رحمه الله يرجع
الجاني بقدر ما يحتاج اليه من ثمن الدواء واجرة الاطباء وابو حنيفة رحمه الله يقول لا يجب شيا
لان الاثمة لمجرد الالم الا ترى انه لو ضربه ضربة ولم يؤثر فيه لا يجب شي ارايت لو شتمه شتيمة كان
عليه ارش باعتبار ايلام داخل بقلبه اما اذا لم يستوا فهو على اختلاف اجرة الطبيب عند محمد رحمه
الله وقيل في بعض المسائل يقول له جرحه لانه اذا لم يجرح لا يجب شي بالاتفاق كذا ذكره الامام
التمرتاشي وقاضي خان ومن قتله لان الجناية من جنس واحد لان كل واحد منهما خطا لانه مال وجب
بالقتل ابتداء اي لا بمعنى يحدث بعد القتل كالصلح على المال لان القصاص ما يتقوم الادمي بالمال
لعدم التماثل لان الادمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا تماثل لا سيما الى زيادة وهو
المعجل لان المعجل زائد عن الموجل من حيث الوصف في المالية الا ترى ان في العرف يشترى الشي النسيئة
الزائد ما يشترى بالنقد فاخا جار الا بالقتل فيكون زيادة على ما اوجبه الشرع مغنى كذا في المبسوط
والمعجز التغليظ باعتبار العمدية وقد راي المعجز الزيادة على عشرة الاف درهم لا يجوز عندنا وصفا
لان الوصف تبع للقدر لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام لا يعقل العاقلة عمدا ولا
اعترافا وقال الشافعي رحمه الله يجب عمدا اي عند كل واحد منهم وهو اختيار الكفارة به اي بالمال
وانما قيد به لانهم اجمعوا على التكفير بالصوم لا يجب عليه كذا في مبسوط شيخ الاسلام ويحرم على الميراث
على الصلة اي بسبب ان للكفارة وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي لانهما يتعلقان

فدمعني وهو سقوط الارش عند ابي
حنيفة رحمه الله وجوب ارش الالم عند
ابي حنيفة وجوب حم

[illegible]

[redacted]

بالقتل فعلم بهذا انما ابطالنا ان موجب القتل ولذلك هاهنا تخلف عنها احد حكمي القتل وهو القصاص فيجب عليه الحكم الاخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاداء لك والله اعلم بالصواب

فصل في الجنين

لما فرغ من بيان احكام القتل المتعلقة بالادميين من كل وجه شرع في بيان الاحكام المتعلقة بالادمي من وجه دون وجه وهو الجنين وهو الولد ما دام مختفيا في البطن لعدم صلاحيته للكون في حكم جزء من الام ولكنه منفرد بالحياة معدلة دخة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق من عتق او ارث او نسب او وصية فباعتبار الوجه الاول وهو كونه جزءا لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه كذا في اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي رحمه الله عن الما لحيان كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة كذا في المغرب وذكر في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله تسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما يسمى اول الشهر غرة ويسمى وجه الانسان غرة لانه اول الشيء يظهر منه الوجه والقياس ان لا يجب شيء وقال في الدخيرة وهو قول زفر رحمه الله وفي المبسوط القياس في الجنين احد شيئين اما انه لا يجب فيه شيء لانه لم تعرف حياته وبدل القتل لا يتحقق الا في محل هو حي والضمان بالشك لا يتحقق ولا نقول الظاهر انه حي او معد للحياة لان الظاهر حجة لدفع الاستحقاق دون به ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن فيها نقصان وان لم تمكن لا يجب شيء او القياس ان يجب كمال الدية لان الضارب منع حدوث صفة الحياة فيه فيكون موهوق للحياة ومما يلزمه من البدل لو لد المغرور فانه حر بالقيمة لهذا المعنى انه منع حدوث الرق فيه من الماء في الرحم مالم يعتد فهو معد للحياة كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما جعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره ولكنا تركنا القياس بالسنة وهو حديث حمل بن مالك على ما يجيء وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وحكي ان رجلا سال زفر رحمه الله عن هذه المسالة فقال زفر رحمه الله فيه غرة عبد او امة فقال السائل ولم والحال لا تخلو اما ان عدم الروح عرته بضربه او لبس من ضربه بان لم ينفخ فيه الروح فان كانت من ضربه يجب دية كاملة وان كان عدم الروح لا من ضربه لا يجب عليه شيء فسكت زفر رحمه الله فقال له السائل اعتقنك شانه فجاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجاب ابو يوسف مثل ما اجاب زفر فحاجه بمثل ما حاج السائل فقال التعبد ثابت بالسنة من غير ان يدرك فيه العقل وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة فهذا الحديث وامثاله دليل لنا على ان الدية تقدر على عشرة الاف درهم لان بدل الجنين بالاتفاق نصف عشر الدية وقد قدر ذلك بخمسمائة فعرفنا ان عشر الدية عشرة الاف منه دليل على ان الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بل باعتبار صفة المالية لانه لما اوجب في الجنين عبدا او امة نص على مقدار المالية وهي خمسمائة كذا في المبسوط وهي حجة على من قدرها ستمائة نحو مالك والشافعي رحمهما الله وذكر في شرح الاقطع وهذا الخلاف مع اتفاقهم على انها نصف عشر الدية لان الدية عندنا مقدرة بعشرة الاف فنصف عشرها خمسمائة وعندهم مقدرة باثني عشر الفا فنصف عشرها ستمائة وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وقيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله لكن هذا لا ينبغي لان ما وجب فيه جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء كذا في الايضاح والدخيرة وغيرها والعزم في جنين الحر لا يكون اقل من خمسمائة ولا يكون في نفسه بقوله اذا كانت خمسمائة ثابت حينئذ والله تعالى اعلم وذكر في الدخيرة واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينها ميتا فقد ذكر في الجامع الصغير ان على عاقلة الاب الغرة لان الام تساوي في سبب وجوب الغرة وهو الضرب فتساويه في وجوب الغرة حيث قال وديه امر من الوداق قال في المبسوط اي ادوا ديته فقد جعله في حكم النفوس وسمي الواجب في بدله دية وهو اسم لبدل النفس وهو الذي ذكر من الحديث حديث حمل بن مالك بن نابغة الهذلي قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن صاحبتها

بدل جنين الآدمية لتحقق معنى الصيانة عن الهدر وجنين الأمة كجنين الحرة وهذه المسألة
بالحقيقة إنما تبنى على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك فإن عند أبي يوسف رحمه الله هو بمنزلة
ضمان المال كيف ما بلغ وعند أبي حنيفة ومحمد هو بدل عن النفس ولهذا المراد على
مقدار الدية فكان ينظر إلى حالتي السبب والتلف يعني أوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا
بحالة التلف ولا يقال إن هذا اعتبار لحالة الضرب لأن الواجب في تلك الحال قيمته
حيا أيضا لأنا نقول لجاز أن لا يكون حيا ولا تجب قيمته حيا هنا لكن يلحق العتق وعند محمد رحمه
الله تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا تسعمائة
تجب على الضارب ما بينا درهم على ما ذكرنا قبل هذا في قول محمد رحمه الله مثل هذا في مسألة
الرمي والجرح في باب اعتبار حالة القتل لأن الإعتاق قاطع للسراية يعني لو جرح عبدا ثم أعتقه
مولاه ثم مات من تلك الجراحة تنقطع السراية ولا تلزمه الدية ولا القيمة وإنما يضمن النقصان ن
لما ذكرنا وهذا لأن الجرح إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب
شيئا لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية وقد مر هذا من الكتاب في باب اعتبار
حالة القتل على ما يأتيك من بعد أي في باب جناية المملوك والجناية عليه في مسألة
ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك وذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير
وقال بعض مشايخنا معنى قوله ضمنه قيمته أي الدية وقوله ولا تجب الدية ليس هو من لفظ
الجامع الصغير وإنما قالوا المراد به الدية لأن الضرب وقع بالألم فلم يعتبر جناية في حق
الدية إلا بعد الانفصال حيا وكذلك لم يسقط سرايته بخلاف من جرح عبدا ثم أعتقه مولاه
وقال بعضهم بل المراد منه حقيقة القيمة لأن الجناية وقعت من الجاني لكنها لم تعتبر
في حق الجنين مقصودا إلا بعد الانفصال على شبه الرمي التي تم من الرامي ولم تعتبر في حق الرامي
إلا بعد الإصابة وإذا وجد العتق ثم تمام العلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله حتى
وجب ضمان القيمة فكذلك ها هنا وإن كان هذا بالاتفاق صار حجة لنا على محمد ولنا أن
الكفارة فيها معنى العقوبة لأنها شرعت زاجرة والزجر إنما يكون فيما في عقوبة حتى إنها
تتأدى بالصوم وقد عرفت في النفس المطلقة فلا نتعداها أي لا تتعدى الكفارة من النفوس
المطلقة إلى غير المطلقة إلى الجنين إما لأن القياس لا يجري في العقوبات أو لأن غير المطلقة
ليست نظيرا للمطلقة فلا يجري القياس في غير النظير وفي المبسوط والجنين جزء من وجه
واعتبار صفة الجزئية يمنع وجوب الكفارة ومع الشك لا تجب الكفارة ولكن اعتبار معنى
الجزئية لا يمنع الضمان لأن وصف القياس إنما لا تجب الكفارة في الضمان لكنا تركنا القياس
في الضمان بالآثار ولا أثر في الكفارة فبقي الكفارة على أصل القياس والمعنى فيه أن الجنين
إذا انفصل ميتا اعتبر ولدا أو نقصانا على حدة في حق عين من العباد في حق بعض الأحكام حتى يصير
الجارية أم ولد به وتصير المرأة نفساء وتحل للمعتدة للأزواج وفي حق نفسه اعتبر عضوا من
أعضاء الأم حتى لا تقام عليه صلاة الجنازة التي هي حق الله تعالى قلنا والكفارة حق الله تعالى
فيعتبر الجنين في حق حكم الكفارة بمنزلة عضو من أعضائها والكفارة لا تجب بإتلاف الأعضاء
أما لو خرج الجنين حيا ثم مات فعلى الضارب الدية كاملة وعليه الكفارة لأنه متى انفصل
حيا اعتبر نفسا وولدا في حق نفسه وفي حق غيره سواء كان الحق لله تعالى أو للعباد ألا ترى
أنه يصلى عليه صلاة الجنازة ويسمى ثم ذكر فيها تخييلا على الزيادات أن رجلا اشترى جارية
من آخر وقبضها ثم إن المشتري وطئها وحبلت منه ثم إن الجارية ضربت بطن نفسها متعمدة
إسقاط الجنين وألقت جنينا ميتا أو شربت من الدواء ما يوجب سقوط الولد متعمدة أو وضعت
في قبلها ما يطرح به الولد فأدخلته في الرحم فسقط الجنين ميتا ثم استحقها رجل بالبينة
وقضى القاضي للمستحق بالجارية وبالعقر على المشتري فقال للمستحق إن أمتك قتلت ولدها وإنه
ولد هذا الرجل وإنه حر لأنه ولد المغرور وولد المغرور حر والجنين الحر مضمون بالغرة فادفع
أمتك أو افدها بغرة الجنين الحر وإنما شرط محمد رحمه الله العمد في فعل الجارية لأنها مباشرة

[illegible]

بدل

[illegible]

الاتلاف بل هي مسببة الى قتله والسبب انما يوجب الضمان اذا كان بوصف التعدي والتعمد لاسقاط
الولد يكون متعدية وعلى هذا الحرة اذا افعلت ذلك بنفسها كان على عاقلتها الغرة ويشترط ان
يكون متعدية متعمدا في فعلها لما ذكرنا وهذا اذا افعلت بغير اذن الزوج فان فعلت ذلك باذنه
فلا ضمان وفي فتاوي ابي الليث رحمه الله امراة شربت دوا فالقت جنينا ميتا ان على عاقلتها
خمسماية درهم وتسمية واحدة … ان كان او عينه فان لم يكن عاقلة ففي مالها في سنة والله اعلم

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل من طريق المباشرة ولا اشكال الجنين فان الضرب على بطن المراة مباشرة في
قتل الجنين حتى لا يرث الاب اذا وجد منه ذلك الضرب شرع في بيان احكام القتل بطريق السبب
والحرا احكام المباشرة اقوى للقتل لعدم احتياجه الى الواسطة فكان اولى بالتقديم او لان
القتل بالمباشرة اكثر وقوعا فكان امس حاجة الى معرفة احكامه فكان احق بالتقديم الكنيف
المستراح الجرص دخل اي يعرق اصل وقد اختلف فيه فقيل الرح وقيل مجرى ما … من الحائط
وعن الامام … عليه لنا في المغرب وفيه العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة اي
من شقها ومراد الفقها اعد العصبات وقيل المراد من العرض ههنا هو اعدام الناس
في المنزلة اي اضعفهم واراد لم … الامام المحبوبي في الجامع الصغير الجرص هو الرح الذي
يكون فيه الحائط ثم قال الكلام في المسالة في ثلاثة مواضع احدها هل يحل احداث هذا في
الطريق ام لا والثاني في الخصومة في الدفع والثالث في ضمان ما يتلف به هذه الاشيا
اما في الاحداث قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح هذا الكتاب فان كان الاحداث
يضر باهل الطريق ويحول بينهم وبين المرور في الطريق فليس له ان يحدث ذلك فان كان لا
يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه ما لم يمنع منه لان الطريق معد للتطرق وهو حق
العامة وفي احداث شي فيما هو حق عامة المسلمين يعتبر الضرر عملا بقوله عليه الصلوة والسلام
لا ضرر ولا اضرار في الاسلام فعما يمكن فيه الضرر هو اثم في الاضرار بغيره وفيما لا يمكن فيه
الضرر … في المباح وما … بغيره وربما ينتفع به غيره فالمار ينتفع به من حيث انه يدفع عنه
الثلج والحر والبرد وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله هو بطريق رجل له على غيره دين فان
طالبه صاحب الدين بقضائه لا يسعه ان يؤخره دفعا للضرر عن صاحب الدين وان لم
يطالبه في سعة من تاخيره لانعدام … بهذا … وعلى هذا لو قعد الرجل في الطريق
يبيع ويشتري ان كان الطريق واسعا لا يضر الناس بقعوده جاز له ان يقعد وان كان
فيه ضرر بالناس لا يجوز له القعود واما في الخصومة فقال ابو حنيفة رحمه الله لكل احد
من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الدفع بعد الوضع سوا كان فيه ضرر او لم
يكن اذا وضع بغير اذن الامام لان التدبير فيما يكون حقا للعامة الى الامام لتسكين الفتنة
فالذي يضع بغير اذنه على راي الامام فيه فلكل احد ان ينكر عليه وعلى قول ابي يوسف
لكل احد قبل الوضع ان يمنعه منه لا بعد الوضع لان قبل الوضع لكل احد فيه فالذي يحدث
يريد ان يجعلها في يد نفسه خاصة فاما هذا الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصمه
يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنتا وعلى قول محمد رحمه الله ليس له
ان يخاصم المنع ابتدا ولا بالدفع انتهاء اذا لم يكن فيه ضرر لانه ماذون في احداثه شرعا فهو
كالماذون له من الامام فيه بخلاف ما اذا كانت السكة غير نافذة فانه ممنوع من احداثه شرعا
وان لم يتضرر به اهل السكة لانه كالمملوك لهم وفي الملك المشترك لا يعتبر الضرر وعن ابي
القاسم الصفار رحمه الله انه قال انما يلتفت الى خصومته اذا لم يكن له مثل ذلك اي من
الجرص ونحوه فان كان له مثل لا يلتفت الى خصومته لانه لو اراد به ازالة الضرر عن الناس
لبدا بنفسه وحيث لم يبدا دل انه متعنت وليس بمحتسب ولا يقضى عليه بالهدم بخصومة
العبيد والصبيان والمحجورين لان خصومة المحجور لا تعتبر في ماله وكذا في مال غيره وان خاصمه
ذمي يقضى عليه بالهدم لان للذمي حقا في الطريق وهذا اذا بنى على طريق العامة بنى لنفسه

ثان

لو وضع الجناح في غير ملكه كان ضامنا لما يتلف به فلما كان عدم الملك لا يمنع انعقاد السبب
الضمان فلذلك لا يمنع بقاءه ولا شيء على المشتري لأنه ما أحدث في الطريق شيئا ولو حركته
الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لا يضمنه أي ولو حركت الريح عين الجمر وإنما قيد به لأن عند
بعض أصحابنا رحمهم الله أن الريح إذا هبت بشررها فأحرقت شيئا فإن الضمان عليه في ذلك لأن
الريح إنما هبت بشررها ولم يذهب بعينها فلم يتبين بأن في مكانه فكانت الجناية باقية فكانت
ضمان ذلك عليه وقيل إن كان اليوم يوم ريح هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وكان
شمس الأئمة الحلواني رحمه الله لا يقول بالضمان من غير تفصيل كذا في الذخيرة وقد أفضى
إليها أي إلى عاقبته وهي الحرق بواسطة الريح فلما نسخ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى
موضع لأنه كان عاملا بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها كذا في المبسوط العقلة جمع العاقل
كالقتلة في جمع القاتل وقوله استأجر رب الدار الفعلة إلى آخره قال شيخ الإسلام رحمه
الله هو على وجوه إن قال أخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحا على فناء داري فإنه ملكي أو لي حق إشراع
الجناح إليه من القديم ولم يعلم الفعلة بخلافه ثم قال فأصاب شيئا فالضمان على الأجراء
ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعد لأن
الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر رجلا غيره ليذبح له
شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر كذا هذا
وإن قال المستأجر للأجراء ابنوا لي جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع
الجناح في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا فإن ثم سقط فأتلف شيئا إن سقط قبل
فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء لم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وإن كان
بعد الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس فإن المستأجر أمر الأجراء بما لم يملك مباشرته
بنفسه وقد علموا بفساد الأمر ولم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة
جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا له في وسط
الطريق فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا
الأمر صحيح من حيث أنه فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط
السلامة ولكن غير صحيح وغير مملوك من حيث أنه لا يجوز بيعه فمن حيث أن الأمر صحيح يكون
قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث أنه فاسد يكون الضمان على العامل
قبل الفراغ من العمل عملا بهما وإظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره
قبل الفراغ لأن أثر الأمر إنما يظهر من حيث أنه تملك الانتفاع بفناء داره وإنما يحصل له المنفعة
بعد الفراغ من العمل فلذلك كان إظهار شبهة الصحة بعد الفراغ أولى من إظهاره قبل
الفراغ لما ذكرنا الإمام المحبوبي رحمه الله فالضمان على رب الدار استحسانا بوجه الاستحسان
حديث شريح رحمه الله فإنه قضى بالضمان على رب الدار والمعنى أنهم يعملون له ولهذا يستحقون
الأجر عليه وقد صار عملهم مسلما بالفراغ منه فكان عاملا ذلك بنفسه حالا وأما قبل الفراغ
فإن عملهم لم يصر مسلما إليه بعد وهذا لأنه إنما أحدث ذلك في فنائه ويباح له في فنائه
وبين يديه إحداث مثل ذلك في فنائه إذا كان لا يتضرر به غيره ولكن إنما يكون الفناء غير مملوك
له فيتقيد بشرط السلامة فلهذا اعتبرناه في ذلك وجعل كالقاتل بنفسه إذا في المبسوط
بخلاف ما إذا فعل في سكة غير نافذة فهلك بها آدمي أو دابة لا يضمن وفي الذخيرة إنما
إذا فعل شيئا من ذلك في الطريق في سكة غير نافذة فعطب بها إنسان ينظر إن فعل شيئا
من جملة السكنى كما لو وضع خشبة أو ثوبا أو قعد أو وقف دابة فعطب به إنسان فالقياس
كذلك وفي الاستحسان لا يضمن شيئا فإن الطريق في سكة غير نافذة مملوك لأهل السكة مشترك
فيما بينهم فكان الجواب كالجواب في الدار المشتركة والجواب في الدار المشتركة أنه إذا أحدث
أحد الشركاء حدثا بغير إذن شركائه على التفصيل الذي ذكرناها هنا بخلاف ما إذا كانت
السكة نافذة وفي نوادر ابن سماعة عن محمد طريق غير نافذ بين قوم وضع أحدهم فيه خشبة

[illegible]

وبحفرها والضمان لان هذه بمنزلة الدار بين الشركاء ولو حفر بئرا فوقع فيه انسان ومات
فهو ضامن كما لو حفر بئرا في الدار المشتركة الا ان هذه السكة بخلاف الدار المشتركة في حفر البئر
في خصلة وهي ان الحافر في السكة لا يضمن ما نقصه الحفر والحافر في الدار المشتركة ما نقصه
الحفر لان الدار المشتركة مملوكة لهم على الحقيقة يبيعونها ويقتسمونها ولا يبيعون السكة ولا
يقتسمونها كذا في الذخيرة وفيها ايضا في مسئلة رش الماء حيث قال وجب الضمان على عاقلة الراش
ولذا لكل الوضوء قال وهكذا ذكر في الكتاب واطلق الجواب اطلاقا قالوا انما يضمن الراش اذا
مر الماشي على الموضع الذي رش ولم يعلم بذلك ان كان ليلا او كان المار اعمى وعثر ومات فان الراش
لا يضمن ولذلك الجواب لو تعمد المرور على الخشبة الموضوعة وذلك ان المار هو خاطر بروحه
لما علم بالرش او الخشبة وتعمد المشي عليه فاذا تلف من ذلك لا يلزمون على المسبب ضمان كمن حفر
بئرا على قارعة الطريق بخلاف اخر يخاطر بروحه فوثب من احد الجانبين الى الجانب الاخر
حتى وقع فيه ومات لم يضمن الحافر شيئا وهكذا ايضا ذكر الامام المحبوبي رحمه الله وان
استأجر اجيرا ليبني له في فنائه حانوتا الى جنب الفناء سعته امام البيوت وقيل ما امتد من
جانبيه كذا في المغرب وذكر الامام التمرتاشي الفناء ما اعد لحوائج الدار لربط الدابة وكسر
الحطب فيعقل به اي بسبب وتعقل بالبناء اي هاهنا لم يذكر ان الاجراء الذين بنوا وبنا
حانوت المستأجر هل يعلم ذلك ملك المستأجر حتى يكون له ولاية الامر بالحفر او لا يعلم
والذي ذكر في الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله يدل على ان هذا الجواب الذي ذكر
في الكتاب فيما اذا كان الاجير لا يعلم بان الفناء للغير بل يعلم انه للمستأجر فقال وان استأجر
رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان
الاجير عالما فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر وذكر فيه ايضا وان
استأجر اجراء ليحفروا له في الطريق قال شيخ الاسلام خواهر زاده ان كان الطريق معروفا
انه لعامة المسلمين فالضمان على الاجراء علموا بذلك او لم يعلموا لان الطريق اذا كان
مشهورا يعرفه كل احد فقد علموا فساد الامر لان الامر بالحفر في ملك الغير فاسد فصار
وجود الامر كعدمه ولو حفر بغير امره كان الضمان عليهم كذا هذا وان كان الطريق لعامة
المسلمين فالجواب لا يختلف وان لم يعلموا فالضمان على عاقلة المستأجر دون الاجراء فانهم
زعموا ان الطريق لعامة المسلمين فشابه كسائر البناء لان كل واحد منهما يعد فناء في
طريق العامة وما ذكر في المبسوط يدل على ان الاجراء ان لم يعلموا ان الفناء ملك
المستأجر لكن علموا ان الفناء فناؤه كان ذلك كافيا لاسقاط الضمان عن الاجراء وذلك
لانه قال في المبسوط فان كان المستأجر عليها اي على حفر البئر في الفناء يحفر فيه لك
على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان عمرو بن الحارث كان من جملة
الرؤساء ومعلوم انه ما باشر الحفر بنفسه وانما استأجر الاجراء لذلك ثم ضمنه شريح وهذا
لان الاجراء يعملون له ولهذا يستوجبون عليه الاجر وقد صاروا مغرورين من جهته حين
لم يعلمهم ان ذلك من فنائه ولدفع ضرر الغرور ينقل فعلهم الى الامر فصار كانه حفر بنفسه
وان كانوا يعلمون انها في غير فنائه فالضمان عليهم لانهم جناة في الحفر والامر اياهم في الحفر
غير معتبر شرعا لانه غير مالك للحفر بنفسه في هذا الموضع وانما يعتبر امره لاثبات صفة
الحل به او لدفع الضرر عن الحافر وقد انعدما جميعا في هذا الموضع فسقط اعتبار امره
فكان الضمان على الجناة بمباشرة الحفر وان كان في فنائه فهو على الامر دون الاجراء علموا او لم
يعلموا لان امره في فنائه معتبر فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله له ان يحفر في فنائه اذا لم
يضر بالمارة وليس لاحد منعه من ذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله يمنعه وليس زينه كالممنوعه
مانع وهذا لان الفناء اسم لموضع اختص صاحب الملك بالانتفاع به من حيث كسر الحطب وايقاف
الدابة والفناء الكناسة فكان امره معتبرا في الحل واستقل فعل الاجراء اليه فصار كانه فعل
ذلك بنفسه ولاجل هاتين الروايتين على ما قلنا تردد في الكتاب بعد هذا بقوله ولو قيل هذا

اذا كان الفناء مملوكا وكان له حق الحفر فيه وذكر الامام التمرتاشي افنية الابواب التي
في الطرق النافذة ليست مملوكة لاصحاب الدور ولو ارادوا ان يجعلوا ابنا في افنيتهم
هذا وما لو اخذوا في غير افنيتهم سواء وفي المنتقى عن ابي حنيفة رضي الله عنه بيع الدار
بفنائها فاسد قال محمد واظنه انه قول ابي يوسف رحمه الله جاز البالوعة بئر في وسط
الدار وكذا البلوعة ذكرها في الصحاح الا في باب الاستعداد بالدابة افتعال من العدو
السبق وفي حديث عبد الرحمن بن ابي بكر الصديق رضي الله عنه فاستبق بهما نار عليه في ثيابه
مبنيا للمفعول اي لا يصلح ان يزاد في كذا في المغرب او هو مباح مقيد بشرط السلامة
لان الانتفاع بطريق العامة انما يباح بشرط السلامة ومن هذا خرج الاحكام في قوله
وكذا لو الوقف وقعد في الطريق ليستريح او لمرض فعثر به انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح
بشرط السلامة فان الله تعالى اباح الرمي الى الصيد ولو رمى صيدا فاصاب انسانا او شاة
ضمن واعتبر فيه السلامة فكذلك هاهنا وكذا الجواب على هذا التفصيل وهو انه لو فعل
بامر من له الولاية في الامر لا يضمنه ولو فعله بنفسه من غير امر احد ضمنه على ما ذكرناه الى
من اول الباب الى هاهنا من اخراج الكنيف او الميزاب او الجرصن وغيرها الى الطريق الاعظم
وكذا الشارع الروشن وهي البناء والجلوس للبيع لان هذه الاشياء غير مذكورة في الكتاب
وانما ذكرها الامام التمرتاشي رحمه الله فان كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر بالناس
او اذن له الامام في ذلك او غيرها اي اخفاها بالتمويه هكذا كان بخط شيخه رحمه الله
وفي الصحاح يقال غم يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر لانه مات من غم في نفسه
اي صار كانه مات حتف انفه لا بسبب الوقوع في البئر وفي المبسوط وابو حنيفة رضي الله
عنه يقول انما يصير هلاكه مضافا الى الحفر اذا اهلكه بسبب الوقوع ليجعل الحافر كالدافع
له واما اذا اطرى عليه سبب اخر هو سبب هلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه او الغم
الذي اثر في قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه لانه لا سبب
للحفر سوى الوقوع في البئر واما الجوع فله سبب اخر فهو معتبر في ذلك السبب في الحكم بانه
يضاف الى السبب بغير واسطة وتارة بالواسطة فلذلك يضاف الى الشرط تارة بواسطة
وتارة بغير واسطة وابو حنيفة رضي الله عنه يقول هب كان ما لحقه من الغم او الجوع مضافا
الى الحافر الا ان هذا لا يكفي لوجوب الضمان اذ التأثير الوقوع فيه اثرا ما او حبس رجلا
في البئر حتى مات جوعا فانه لا ضمان عليه فكذا هذا بخلاف ما لو مات من الوقوع او جرحه
لان اثر فعله وهو العمق اثر في نفس القتيل الواقع بخلاف ما نحن فيه كذا في المبسوط والذخيرة
لان الاول تعدي وهو سبب وهو بناء القنطرة ووضع الخشبة وانما سمي بناء القنطرة تعديا
لان الذي حمل القنطرة فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام
بغير من حيث المكان في الضيق والسعة للامام فكان جناية لهذا الاعتبار والجناية
تقدير كذا في مبسوط شيخ الاسلام والثاني تعد وهو مباشرة اي المرور عليها كما في الحافر مع
الملقي حيث قطع فعل الملقي فعل الحافر من الحفر في قارعة الطريق حتى وجب الضمان على
الملقي لا على الحافر لان الالقاء فعل مختار تخلل بين حفر الحافر ووقوع الواقع وهذا اللفظ
اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن يشتمل على الوجهين وهما تلف الانسان بوقوع ذلك
الشيء المحمول بعدما وقع في الطريق ولفظ الجامع الصغير للامام المحبوبي رجل حمل شيئا
وهو يمشي في الطريق فسقط عنه ذلك في الطريق فعطب به انسان فالحاصل ضمان وسواء
ان تلف بوقوعه عليه او تعثر به بعدما وقع في الطريق وهذا لان حمل المتاع في الطريق
على رأسه او ظهره مباح لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف والصيد
والعرف اي بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما اذا هلك به انسان وبين الثوب
الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وان هلك انسان به بوقوعه عليه فيخرج بالتقييد
ما ذكرناه اي بوصف السلامة اي لبس ما يلبسه اي في العادة كاللبد والجوالق ودرع

الحرب في غير موضع الحرب او لبس موقا لا يحتاج اليه من حيث الزينة لا من حيث دفع الحر والبرد
وذكر الامام المحبوبي وان كان عليه ثوبه لبس زيادة على قدر الحاجة لم يذكره محمد رحمه
الله في الكتاب وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله قال يضمن اذا سقط وعطب به انسان
لانه يعثر به البلوى واذا كان المسجد للعشيرة فالعشيرة القبيلة ذكرها في الصحاح ولكن
المراد بها هاهنا اهل المسجد او محل فيه خاصة لعى بسبيل واندم عرصة مسجد واذا
كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة يضمن هذا اذا فعله غير العشيرة باذنهم كفعل الغير
الا ترى ان من حفر بيرا في طريق المسلمين باذن الامام فوقع فيها انسان لم يضمن كما لو حفر
انسان بنفسه واما اذا فعلوا ذلك بغير اذن اهل المحلة ان احدثوا بيتا او حفروا بيرا فعطب
انسان فانهم يضمنون بالاجماع لان اهل المحلة في حق المسجد بمنزلة الملاك وغير اهل المحلة
بمنزلة الاجنبي والاجنبي لو فعل هذا في ملك غيره يضمن فكذا هاهنا واما اذا وضع حبا للشرب
منه الماء او بسطوا حصيرا او بواري او علقوا قنديلا بغير اذن المحلة فتعلق انسان بالحصير
فعطب او عطب بغيره قال ابو حنيفة رضي الله عنه انهم يضمنون وقال ابو يوسف رحمه
الله ومحمد انهم لا يضمنون قال الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله اكثر مشايخنا اخذوا
بقولهما في هذه المسالة وعليه الفتوى كذا في الذخيرة قال وذكر الامام المرغيناني رحمه
الله لو ضاق المسجد باهله فلهم ان يمنعوا من ليس منهم عن الصلوة فيه وعن ابن سلام
بان المسجد اولى بالعمارة والقوم اولى بنصب الامام والموذن وعن الاسكاف والبقالي
احق بذلك قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان ينصب القوم من هو اصلح لذلك
وبتكرار الجماعة اذا سبقهم غير اهله اي يعرف حكم تكرار الجماعة في المسجد بحسب اهله
اهل المسجد او غيرهم فان اهل المسجد لو صلوا بجماعة فلا اهل المسجد ان يصلوا فيه بعد ذلك
جماعة فعلم بهذا ان اهل المسجد مع غيرهم ليس سواء او يقول لا يبعد ان يكون المسلمون
فيما هو المقصود وهو الصلوة فيه سواء ثم مع ذلك يختص اهل المسجد بالتدبير فيه كالكعبة
والناس فيما هو المقصود وهو الطواف سواء ثم هو شيبة بالتدبير فيه حتى ان النبي عليه
الصلوة والسلام لما اخذ المفتاح منهم يوم الفتح نزل عليه الوحي بامر بالرد فقال ان الله
يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ويقصد القربة لانا في الغرامة اذا اخطا الطريق
هذا جواب عن قولهما لان هذه من القرب الى اخره وقال يقصد القربة لانا في الغرامة
الا ترى انه اذا وقف انسان في الطريق لاماطة الاذى عن الطريق او لدفع الظلم
عن غيره فعطب به انسان يضمن وان كان يستحق به الثواب وهذا كله من المبسوط والذخيرة
كما اذا اتعود بالشهادة على الزنا فان شهادته من حيث انها شهادة من حقوق الله تعالى
حسبة كانت قربة ولكن من شرط الشهادة في الزنا ان يكون الشهود اربعة فمن لم يتم شهادته
بل انقصت تلك الشهادة من الزنا ان يكون المشهود اربعة من ذلك العدد العليت
الشهادة قذفا فيجب حد القذف على الشاهد وان جلس فيه اي في المسجد وان كان في غير
الصلوة ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله اطلق الجلوس في غير الصلوة كما ترى وان يقيد ان
الجلوس كان للانتظار للصلوة او للحديث او للنوم فالصحيح من الرواية ان يكون الجلوس
مقيدا لا مطلقا لان استاذ الائمة المحقق شمس الائمة السرخسي رحمه الله ذكر في الجامع الصغير
والصحيح من الجواب على قول ابي حنيفة اذا كان الجالس منتظرا للصلاة او للحديث او للنوم فالصحيح
من الرواية ان يكون الجلوس مقيدا لا مطلقا فانه لا يكون ضامنا بما يعطب به لقوله عليه
الصلوة والسلام المنتظر في الصلوة ما دام ينتظرها واما الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون
له اختصاص بالمسجد من درس الفقه او الحديث وقراءة القران وذكر في الذخيرة بعد ما
ذكر الخلاف فيهم فيما اذا قعد الرجل في المسجد لحديث او نام فيه او قام فيه لغير الصلاة
او مر فيه او قعد فيه لحاجة فعثر به انسان ومات قال ابو حنيفة رضي الله عنه بانه
ضامن وقال ابو يوسف ومحمد بانه لا ضمان عليه فقال واما اذا قعد للعبادة بانه كان

منطا

[illegible]

قال قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

فصل في الحائط

[illegible]

[redacted]

فكان

فكان المراد من اليتيم الصبي لاستحالة اليتيم مع وجود الاب والضمان في مال اليتيم لان فعل
هو لا لفعله اي بفعل الوصي والاب وكلام بفعل الصبي وفي المبسوط واذا تقدم الى اب الصبي
او الوصي في نقض الحائط فلم ينقضه حتى سقط فاصاب شيئا فضمانه على الصبي لان الاب
والوصي يقومان مقامه وعلى كان هدم الحائط فصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك الى
التقدم الى الصبي بعد بلوغه ومن هنا في ترك الهدم كلاهما للصبي وسطوان له فلهذا كان
الضمان عليه دونهما كذا في المبسوط **فان قلت** لما صح التقدم الى الوصي لاجل الصبي وجب
ان يلزم الضمان على تقدير السقوط والهلاك على الوصي اذا فرط في النقض بعد التقدم
اليه لان الصغير جاء من قبله حيث فرط في النقض مع الامكان فكان قاصدا الحاق الضرر
بالصغير وهو لا يملك الحاق الضرر بالصغير فيجب في مال الوصي **قلت** نعم كذلك
الا ان الجواب من هذا ان في تفريط النقض نوع مضرة للصغير ونوع مصلحة له اما نوع المضرة
فمن حيث انه يسقط على شيء فيجب ضمان ذلك في مال اليتيم فيتضرر به اليتيم اكثر مما يتضرر به
في نقضه وبنائه واما نوع المصلحة فمن حيث انه متى نقض احتاج الى ان يبني ثانيا ومتى بني
ثانيا يلحق الصبي في اصلاح ذلك مؤنة عظيمة الا ان جانب المصلحة راجح على جانب المضرة
وفي التفريط انما يلزمه من المؤنة في نقض الحائط وبنائه ثانيا ضرر متيقن وما يلحق الصبي
من الضمان بسبب سقوط الحائط موهوم لانه يحتمل ان لا يسقط ولو سقط لاحتمل ان لا
يهلك به شيء فلو كان لذلك صارت العبرة للمصلحة وهذا كما قالوا في ان الوصي اذا باع
دار اليتيم ثم ان المشتري بنى فيها بناء عظيما ثم جاء مستحق واستحق الدار رجع المشتري
على الوصي بالثمن وقيمة البناء ويكون ذلك في مال اليتيم وهذا الضرر انما لحق الصبي
من جهة الوصي لانه لو لا بيعه لما كان يجب قيمة البناء في مال اليتيم ولكن في بيع دار اليتيم
ان كان على اليتيم ضرر موهوم لانه يحتمل ان لا يستحق ورجح جانب المصلحة على الضرر **فان قلت**
لو كان التقدم على الوصي والاب بمنزلة التقدم على الصبي ينبغي ان لا يهدر دم القتيل فيما
اذا سقط الحائط بعد بلوغ الصبي وقتل انسانا حيث يهدر دمه وان كان ذلك بعد التقدم
الى الوصي او الاب **قلت** انما كان ذلك لان التقدم الى الوصي والاب ليس بتقدم الى الصغير
حقيقة ولكن جعل كالتقدم في حقه الى الصغير لقيامهما عليه فاذا دامت ولايتهما قائمة
عليه بقي حكم ذلك التقدم في حقه وبالبلوغ ذالت ولايتهما عنه فبطل حكم ذلك التقدم
في حقه وصار في حق الصغير كان التقدم لم يوجد اصلا هذا كله مما اشار اليه في الذخيرة
والى المكاتب اي ويصح التقدم الى المكاتب وهو معطوف على قوله ويصح التقدم الى الراهن
ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو من عنق العبد حتى يباع العبد كما يباع في ديون
عليه بتجارته فان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا
الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه في الاسباب
سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالمحجور عليه لان فك الحجر باذن لم
يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في المبسوط وان كان نفسا فهو على
عاقلة المولى **فان قلت** هذا الذي ذكر فيما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر
لان الحائط ملك المولى فيحصل الاشهاد على العبد بمنزلة الاشهاد على المولى باعتبار ان
الحائط المائل ملك المولى واما اذا كان على العبد دين فالمولى لا يملك اكتساب العبد
عند ابي حنيفة رحمه الله لما عرف فكيف يحصل الاشهاد على العبد اشهادا على المولى حتى وجب
ضمان النفس على عاقلة المولى **قلت** نعم كذلك الا ان المولى احق باستخدامه
لعينه فيجعل في حكم الجناية كان المولى هو المالك الا ترى انه اذا وجد القتيل في دار العبد
كانت الدية والقسامة على عاقلة المولى سواء كان عليه دين او لم يكن على ما اختاره الطحاوي
رحمه الله بالاجماع وكذا هاهنا كان الدية على عاقلة المولى الى هذا اشار في المبسوط ويصح
التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو كان الحائط موروثا بين ورثته فتقدم الى واحد

الدية لانه اعتبار ملكه غير متعد فيما احدث وباعتبار حركته متعد وجهة وصفته
العمد في جهة لا يختلف بعد له شركائه ولكن يتم عليهم نصف الضمان باعتبار فعل
المعتدي من وجه دون وجه وابو حنيفة رضي الله عنه يقول في المسالة الاولى ايجوز
الضمان عليه باعتبار ان التلف حصل بثقل الحائط وهو عامة واجزأه لان موضع الجزء اليسير
لبس بعد لك فلو كان الجميع في الكل لا يصح الاشهاد عليه ولو كان مما لكل يصح الاشهاد
عليه فبعد ما ملكه اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه لما كان الحائط بين خمسة انما وجد
من شريك الثقل بتقدم ملكه فيتوزع الضمان على [illegible] لو اشهد عليهم جميعا ثم
سقط على انسان على كل واحد منهم خمس الدية في تركه الاشهاد وفي حق الباقين [illegible]
من اشهد عليه [illegible] جواب ابي حنيفة رضي الله عنه اذا [illegible] الحائط وابو
[illegible]

[illegible] في اصابة الضمان اليه [illegible] واحدا وان
[illegible] فاعتبر احد النصفين [illegible] وهذا لانه
اذا لم يصح البعض لاصابه الحكم اليه [illegible]
الشيء اولم نظهر [illegible] والله تعالى اعلم بالصواب

باب جناية البهيمة والجناية عليها

لما فرغ من بيان احكام جناية الانسان والجناية عليه مباشرة وتسببا شرع في بيان احكام
جناية البهيمة والجناية عليها ولا شك في تقديم الانسان على البهيمة مرتبة فلذلك ذكر الراكب
ضامن لما وطئت الدابة [illegible] وطئت الدابة [illegible] فلان الدابة [illegible]
[illegible]

منهم كان التقدم اليه في نقضه ويصح حتى لو هلك شيء بسقوطه يضمن ذلك الواحد بقدر
نصيبه منه وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان واما جواب القياس فهو ان لا يضمن الواحد
من الورثة اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض ولم يفد التقدم فائدة وحق
منهم كما لا يتمكن من بنيانه لا يتمكن من نقضه ايضا واما غيره من الورثة الباقين فلعدم التقدم
اليهم ولم يكن واحد منهم متعديا في ترك التفريغ واما جواب الاستحسان فانه يضمن هذا
الذي استشهد على نقضه وحصته مما اصابه لانه كان متمكنا ان يطالب شركاءه وليجمعوا على
هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه
ادى الى الضرر والضرر مدفوع كذا في المبسوط ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد
الاشهاد فقتله فتعثر رجل بالقتيل غيره لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني
لان التفريغ عنه اي تفريغ الطريق عن الميت برفعه الى الاولياء اي مفوض الى اولياء
القتيل لانهم هم الذين يتولون دفن ميتهم **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين اشراع
الجناح والمسالة بحالها اعني ان صاحب الدار اذا اخرج الجناح الى الطريق ووقع الجناح
على الطريق فعثر انسان بنقضه ومات او وقع على انسان ومات ثم تعثر رجل بالقتيل
ومات ايضا فدية القتيلين جميعا على صاحب الجناح وهاهنا دية القتيل الثاني على
صاحب الحائط المائل وان كان الهلاك بعد الاشهاد **قلت** الفرق بينهما هو ان اشراع
نفسه جناية لانه شغل به هواء طريق المسلمين ولو شغل شيئا من طريق المسلمين بان وضع
فيه حاشا بغير الوضع فهنا كذلك واذا كان نفس اشراع الجناح جناية قلنا الاشراع نقل
فصار كانه القاه بيده عليه فصار حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله بحصول
نقض الجناح في الطريق ومن القى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يفرغ الطريق
عنه فهاهنا كذلك بخلاف مسالة الحائط لان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد
منه فعل يصير به جانيا ولكن جعل كالفاعل لترك النقض في الطريق للقدرة على التفريغ
والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك لم يجعل فاعلا في حق القتيل
الاول لا في حق القتيل الثاني فعلا اصلا لا حقيقة ولا تقديرا فلم يصر جانيا في حقه فلا يجب
ضمانه وكذا هذا الفرق ثابت بين من هلك بنقض الحائط المائل بعد الاشهاد فان ضمان القتيل
الثاني ليس على صاحب الحائط المائل بخلاف ضمان القتيل الاول فانه على صاحب الحائط الاول
اذا كان بعد الاشهاد وذلك لان الاشهاد على الحائط اشهاد على نقضه فكان هو طالبا بتفريغ
عرصة الطريق على النقض وهو قادر على التفريغ لان النقض ملكه فاذا لم يفرغ مع تمكنه صار
بمنزلة الواضع مع اختيار فكان هو اخذ ابه اما الاشهاد على الحائط فليس باشهاد على القتيل لان
دفع القتيل ليس على صاحب الدار انما ذلك على ولي القتيل فلا يكون صاحب الحائط مطالبا
بتفريغ عرصة الطريق عن القتيل فلا الاشهاد على الحائط اشهاد على القتيل فصار في حق القتيل
كانه لا اشهاد اصلا كذا في الذخيرة ولو عطب بجرة كانت على الحائط اي اخر واذا وضع الرجل
على حائطه شيئا فوقع ذلك الشيء فاصاب انسانا فلا ضمان عليه فيه لانه وضعه على ملكه وهو
لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل لانه في الموضعين لا يكون
ممنوعا من وضع متاعه على ملكه كذا في المبسوط ولكن في رواية المبسوط وذكر في سقوط
الجرة وحدها وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة وان كانت اي وان كانت
الجرة مذكورها علينا وبلا الشيء كما هو في رواية المبسوط فعليه اي فعل كل واحد من جافر البير
وبجرة باني الحائط وفي الاعلية نصف الدية على ما قلته في الفصلين اي في فصل الحائط المائل
المشترك بين خمسة وبين فصل دار بين ثلاثة لما في المسالة انه صح الاشهاد باعتبار تمكنه من الهدم
وباعتبار ملكه بقدر نصيبه غير متمكن من الهدم فاجتمع في حقه معنيان احدهما موجب الضمان والاخر
مانع من وجوب الضمان عليه فيلزمه نصف الضمان لان القدر يحصل حسنا والمعتبر جنسا لكن
جرحه رجل ونهشته حية وهذا لان جراحة وكذلك في المسالة الثانية لان عليه نصف

فيما كان مسببا للاتلاف فقلنا اذا كان شيئا لا يمكنه حفظ الدابة والتحرز عنه لعتبر فيه متعذرا
وذلك كالكدم والوطي باليد والرجل في حق القائد والراكب لان ذلك يكون من عشيه فيجعل في هذه
الاشياء طريق المسلمين ملحقا بملك الغير وقلنا اذا كان شيئا لا يملك حفظ الدابة والتحرز عنه لا يعتبر
فيه متعذرا كالنفحة والضرب بالذنب في حق الراكب والقائد طريق المسلمين ملحقا واما السائق هل
يضمن اختلف المشايخ فيه ولا يتقيد فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما فيه من المنع في التصرف يعني لو شرطنا
عليه السلامة فيما لا يمكن الاحتراز عنه مخافة ان يبتلى بما لا يمكن التحرز عنه فاما ما يستطاع الامتناع
منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك لا يمتنع عليه استفاحه وانما يلزمه به نوع احتياط في
الاستيفا كذا في المبسوط والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة لان وجه
الراكب امام الدابة لا خلفها وان اوقفها لان قوله وقف وقفا متعد ووقف وقوفا لازم وفي
المغرب ولا يقال اوقفه الا في لغة ردية والمردف فيما ذكرنا كالراكب اي في موجب الجناية لان المعنى
لا يختلف وهو معنى المباشرة وتصرف الدابة في السير على ما اراد وفي المبسوط والراكب والرديف
والسائق والقائد في الضمان سواء لان الدابة في ايديهم وهم يسيرونها كيف شاءوا وذلك مروي
عن شريح الا انه لا كفارة على السائق والقائد فيما اوطئت لانهما مسببان للقتل والكفارة جزاء
مباشرة القتل واما الراكب والرديف فمباشران القتل بثقلهما وعليهما الكفارة كالنائم اذا انقلب
على انسان فقتله لانه اي لان الشان ايضا في اي في الايقاف اكثر ضررا بالمارة اي من السير لما انه اي الايقاف ف
ادوم منه اي من السير فلا يلحق به اي فلا يلحق الايقاف بالسير في عدم وجوب الضمان بل لا يجب الضمان
فيما يتلف من البول او الروث الذي يحدث من الدابة في حالة السير ويجب الضمان فيما يتلف من
البول او الروث الذي يحدثه في حالة الايقاف لما ذكر من وجه الفرق بينهما من دوام السير
والضرر انما نشأ من دوام الشغلة في الطريق وكان الفرق في الايقاف لا في السير والمراد النفحة
اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وانما قيد التفسير بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصابت
بيدها او رجلها وانما قيد التفسير بهذا لاجل الوطي وقد ذكرت من رواية الامام التمرتاشي رحمه الله
انه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف احد وانما الاختلاف في النفحة ولو لم يفسر بهذا لكان
ان يقول ذلك بالوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك والتحرز بعض المشايخ اي مشايخ
العراق فيمكن التحرز عنه بابعاد الدابة عن المتلف او ابعاد المتلف عن الدابة وقال الكرخي ومن
مشايخنا كذا في الذخيرة وقوله عليه الصلوة والسلام معطوف على قوله فيما ذكرناه اي والحجة
عليه قوله عليه الصلوة والسلام جبار اي هدر وانتقال الفعل بتخويف القتل هذا جواب عن
قول الشافعي رحمه الله وهو قوله لان فعلهما مضاف اليهم قلنا الاضافة فيه والانتقال انما يكون
في الاكراه الكامل لا في القاصر وهذا قاصر فلا ينتقل اليهم لان الراكب مباشر فيه والدليل على انه
مباشر من حيث حكم الشرع لان من سار على دابته في ملكه فاوطئت انسانا بيدها او رجلها فقتلته فعليه
الدية والكفارة لان الراكب مباشر للقتل فيما اوطئته دابته والمباشر في ملكه وغير ملكه سواء في ايجاب
الضمان عليه كالرمي فان من رمى في ملكه فاصاب انسانا كان عليه ضمانه كذا في المبسوط وقيل
الضمان عليهما وعلى هذا لو كان الاخر سائق والاخر راكب فقد بينا ما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان
فيما اوطئت الدابة مشتركان ولا يختص به الراكب اما الجواب عن القول الاول فانه المسبب مع المباشر
انما لا يضمن اذا كان السبب شيئا لا يعمل في الاتلاف متى انفرد عن المباشرة كما في الحفر فان الحفر بانفراده
لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو مباشرة وان كان لولا الحفر لما كان لا يتلف بالدفع
ايضا لكن الدفع هو الوصف الاخير فيضاف الحكم اليه كما قالوا في سفينة مملوءة بالطعام اذا جاء
رجل وطرح فيه منا واحدا فغرقت السفينة كان الضمان على الذي وضع المن الزائد وان كان لولا ما
تقدم من الاحمال كان لا يغرق السفينة بالمن الزائد مع ذلك يضاف الغرق الى المن الزائد لما ذكرناه
واما في ان الراكب على الدابة بانفراده عامل في الاتلاف ما اوطئت الدابة من غير ان يكون على الدابة
راكب فلما كان كل واحد منهما عاملا في الاتلاف دون الانفراد فلما اجتمعا لم يجز ان يضاف عمل السوق في
الاتلاف الى الراكب بل يكون التلف مضافا اليهما فيجب الضمان عليهما نصفين الى هذا اشار في الذخيرة

[illegible]

وفي هذا الجنس في من ساق دابة عليها وقرس الحطة عليها فاتلفت شيئا او مالا على انسان يهو على
وجوه اما ان قال السابق او القائد او الراكب النك النك فان سمع هذه المقالة ولم يذهب يهو
على وجهين اما ان لن يبرح من مكانه باحتيان او لم يجد مكانا اخر كيذهب فمكث في مكانه ذلك حتى
حرق ثيابه ففي الوجه الاول لا يضمن صاحب الدابة وفي الوجه الثاني يضمن لانه مضطر في المقام
في ذلك الموضع وغير مضطر في الوجه الاول وان لم يقل الراكب النك النك او قال ولم يسمع من
كان على الطريق حتى تخرق ثيابه او فسد شي من متاعه يضمن راكب الدابة لان التخريق مضاف الى سوقه
فكان موجبا للضمان كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله اصطدم الفارسان اي ضرب احدهما الاخر
بنفسه وفي تقييد الفارس في الكتاب بقوله واذا اصطدم فارسان ليست زيادة فائدة في الحكم
في اصطدام الفارسين وموتهما بذلك كذلك الحكم ايضا ذكر في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في
الماشيين يكون في الفارسين ثم ما قلنا جواب الاستحسان وما قاله زفر والشافعي رحمهما الله جواب
القياس ووجه الاستحسان هو ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل دية كل واحد من المصطدمين على عاقلة
صاحبه كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شي من دمه يعني اذا مات بالوقوع في البئر مع ان
البئر بنفسه في قارعة الطريق ليست بسبب لموته بل البئر مع المشي اليها سبب للموت والمشي فيه ايضا
هدر ان كل واحد منهما مدفوع بصاحبه فكانه اذ دفعه من على الدابة بيده وهذا لان دفع صاحبه اياه علة
معتبرة لا ملاقه في الحكم فاما فوت المصطدم فلا يصلح ان يكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة
من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى
في البئر وكذلك لو دفع انسان غيره في بئر حفرها رجل في الطريق فالضمان على الدافع دون الحافر وان
كان لولا حفره لذلك الموضع لما تلف بدفعه الا ان هذا اشار في المبسوط فتعارضت روايتاه اي تساقطت
لعدم التعارض لانعدام الترجيح ترجيحا قولنا بما ذكر من الدليل او نقول ما روي انه اوجب النصف محمول
على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا ايضا على
ما ذكر في الكتاب وعلى ما ذكر من المسايل الفعلان المحظوران فوضح الفرق فيما لما كان الفعل محظورا كان موجبا
للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية
واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا
له من غير معارضة احد له في قتله فيجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه وذلك لان المباح المحض لم
يصلح معارضا للمحظور في ايجاب الضمان وان كان لا يوجد التلف الا بهما كما لو مات في بئر حفرها غيره
في قارعة الطريق وحيث يجب الدية على الحافر وان كان الموت حصل بالمباح والمحظور وهما المشي وحفر
البئر على قارعة الطريق وعلى هذا المعنى اشار في الاسرار فقال او المتلف بالصدمة لا بالمشي والمشي كان سببا
للصدمة ولكن لم يضف التلف الى السبب المباح بل اضيف الى المتعدي الا لمن مشى حتى سقط في البئر ضمن
الحافر دون الماشي والسقوط كان بالامرين جميعا بل المشي اكثر حتى لو علم بالبئر وحتى كان تعديا ولم يكن على
الحافر شي ومع ذلك اذا لم يعلم كان مباحا لم يضف اليه شي من التلف فهذا مثله بخلاف ما اذا جرح نفسه
وجرحه غيره لان جرحه غيره تعدوان لا يضمن لنفسه شيئا لانه حرام عليه ذلك الا اشتراط الصلاح من جانب
او تقصد فاذا عدم الصلاح فاذا لكونه تعديا وان لم يأثم اذا قصد الصلاح المخطي **فان قلت** يشكل
على هذا كله ما اذا تجاذبا الرجلان حبلا بينهما فانقطع الحبل وسقط كل واحد منهما على قفاه ومات فلا شي على
واحد منهما ومثله في هذه الصورة لو وقع كل واحد منهما على وجهه ومات لا يجب دية كل واحد منهما كاملة على
عاقلة الاخر وتجاذب الحبل منهما لا يخلو اما ان يكون محظورا او مباحا فلو كان محظورا كان ينبغي ان يجب على
عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه كما في المسايل التي اوردها الخصم ولو كان مباحا كان فعل كل واحد
منهما مباحا فلم يعارض فيه محظور فحينئذ لابد ان يكون مقيدا بشرط السلامة لان ترك التجاذب في وسعهما فلا
نفحة الدابة وضربها بيدها في حق الراكب فحينئذ يجب ايضا نصف دية كل واحد منهما على عاقلة صاحبه فعدم
الضمان في الصورة الاولى وايجاب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما كان مناقضا لهذه الاصول التي ذكر
في الكتاب والاسرار فما وجهه **قلت** وجهه هو انه لما وقع كل واحد منهما على وجهه في الصورة الثانية
علم انه انما وقع على وجهه بجذب صاحبه اياه فكان موت كل واحد منهما بفعل صاحبه لا بفعل نفسه فيجب دية كل واحد

منهما

منهما على عاقلة صاحبه كما هو مذهبنا في المصطدمين الا ان في المصطدمين احدهما بقعد وهو
الصدمة والاصطدام فهو [illegible] المباح في مقابلة التعدي فاضيف الحكم الى التعدي لا الى
المباح فلذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه كاملة وفي مسئلتنا لما انقطع الحبل اذا مات
كل واحد منهما بالوقوع على وجهه كان موته بفعل صاحبه من غير ان يوجد فعل من الميت في نفسه
اصلا فلذلك وجب على عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه كاملا فاما اذا وقع كل واحد منهما
على قفاه صار [illegible] حينئذ لا يجب على كل واحد منهما شي لان سقوطه على قفاه بقوة نفسه لا بجذب
صاحبه كان كل واحد منهما قاتلا نفسه من غير مزاحمة صاحبه فلا يجب على كل واحد منهما شي لانه
[illegible] حتى لو وقع [illegible] بان سقط احدهما على وجهه والاخر على قفاه فدية الساقط على وجهه
على عاقلة صاحبه ولو قطع انسان الحبل بينهما فسقط كل واحد منهما على قفاه فمات فدية كل واحد
منهما على عاقلة القاطع للحبل لانه صار كالدافع لكل واحد منهما هكذا ما اشار اليه في المبسوط
وذكر في الفصل [illegible] فان قطع انسان الحبل [illegible] على وجوههما [illegible]
[illegible] من قطع الحبل [illegible] هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا
[illegible] الدية كاملة على ما ذكر في الكتاب [illegible] ذكر في الخطاء في موضع المسئلة في العمد [illegible]
قول الخصم وكذا في العمد الا ان العمد هنا بمنزلة الخطا لانه ليس [illegible] فيجب على عاقلة الحر [illegible]
قيمة العبد لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد [illegible]
[illegible]
[illegible] نفسه وصاحبه [illegible] نصفه [illegible] الشرح على
[illegible] او لم [illegible]
القاصدين على الطريق بخلاف الرداء يعني اذا كان للانسان رداء فسقط منه فعطب به انسان او غيره
لم [illegible] فسقط على الطريق [illegible] انسان لم
[illegible] الانسان لا يقصد حفظ اللباس
[illegible] الامتناع [illegible] كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله على [illegible]
[illegible] الطريق [illegible] على نسق واحد والجمع قطر
وهذا اذا كان السابق [illegible] وهو الذي [illegible] وسط القطار يمشي في جانب من القطار
[illegible] في وسط القطار اخذ
[illegible] ما خلفه ولا يسوق [illegible] ما خلف هذا الذي في وسط القطار
ولا يضمن [illegible] على القائد الاول [illegible] على هذا او ما اصاب مما قبل هذا الذي في
وسط القطار [illegible] على القائد الاول ولا شي فيه على هذا الذي في وسط القطار لانه ليس
بقائد [illegible] ولا سائق حتى لو كان سائقا له يشارك الاول في الضمان كذا في المغني فالضمان
عليهما اي على القائد والسائق لان القائد يقرب من الابل ما اصابه بالصدمة او غير ذلك وكذا
السائق [illegible] فيشتركان في الضمان لاستوائهما في التسبب وان كان معهما سائق للابل
وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم اثلاثا لان الذي هو وسط القطار سائق لما بين يديه
من الابل قائد لما خلفه والقائد والسائق في حكم الضمان سواء ولذلك ان كان احيانا وسطها
واحيانا يتقدم واحيانا يتأخر لانه في جميع الاحوال سائق للقطار [illegible] ولو كان رجل
راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما عطب به ما بين يديه
لانه ليس بسائق لما بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما اصاب البعير الذي هو عليه وما
خلفه لانه زمام ما خلفه بيده [illegible] بعض المتأخرين هذا اذا كان زمام ما خلفه
بيده [illegible] واما اذا كان هو نائما على بعيره او قاعدا [illegible] ما خلفه
فلا ضمان عليه في ذلك [illegible] وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموجود على بعيره [illegible] والقائد
[illegible] عاقلة الرابط اي على عاقلة القائد يرجعون
على عاقلة الرابط فهما اذا لم يعلم القائد رباط الرابط واما اذا علم فلا يرجع عاقلة القائد

بمنزلة الحابط وفي المنتقى لو طرح الرجل عنزه قدام اسد او سبع فقتله السبع فليس على
الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويضرب ويحبس حتى يموت وقال ابو يوسف رحمه الله
اما انا فارى ان يحبس ابدا حتى يموت وانقطع حكم الارسال اذا لم يكن له طريق آخر سواه
اذا لم يمكن للدابة طريق آخر سوى طريق الجهة او انثنى بان كان على الجادة يمنة او يسرة وحمل الحبد
لا ينقطع حكم الارسال ايضا كما لو لم ينعطف عنه او يسرة وكذا اذا وقفت ثم سارت اي
ينقطع حكم الارسال بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال والاصطياد اي اذا وقفت الدابة
والمراد بها الكلب المعلم وامثاله فان هناك موقوفة لا ينقطع حكم الارسال حتى حل ما قتله
من الصيود ولو انقطع حكم الارسال لما حل كما لو قتله بنفسه من غير ارسال فلما كانت وقفة
الكلب تحقق مقصود المرسل الذي هو اخذ الصيد كان لهذا الوقفة حكم السير فلم
ينقطع حكم الارسال لذلك وهذه تنافي مقصود المرسل اي هذه الوقفة التي هي وقفة الدابة
والمراد بها العرس والفهد وامثالهما او ارسل الكلب للاصطياد تنافي مقصود المرسل
الذي هو السير فان مقصود المرسل من ارسال الدابة هو السير لا الوقوف فكانت على قوله
خلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسألة لا يترتب قوله وبخلاف ما اذا ارسله
الصيد الى آخره يذكر الفرق بين الارسالين كما انه في قوله بخلاف ما اذا وقفت ذكر الفرق
بين الوقفتين وذكر في الذخيرة وجه الفرق بين الارسال فقال الفرق بين ارسال
الدابة وبين الكلب والبازي هو ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وامكنه
الاتباع احدهما صاحبه بما يولد منه يكون مضمونا عليه واما ارسال الكلب والبازي من غير
اتباع معه ليس بعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا
فاستوت ذرعا على نور اي نور الارسال والمراد بقوله الارسال هو ان لا [illegible]
بها لا وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة اي العجماء التي اهدر النبي عليه الصلوة والسلام دمها
المنفلتة لا الدابة التي ارسلت فان اسناد الدابة المنفلتة اذا كان في قوله الارسال ليس بجبار
وانما ذكر هذا التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه من الارسال واخواته وهو السوق والقود
والركوب كان من حق اللفظ ان يقول من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها
بتاويل الكلمة اذ السوق او القود لما كان واجبا الحاقا للارسال لان الارسال اجنا [illegible]
يلزم حمل بعض اسباب التعدي اجنا وبعضها اجنا من غير دليل وسمه جرد للجزور ونحوها
الجزور هو ما اعد من الابل للتجزية يقع على الذكر والانثى وهو مؤنث كذا في الصحاح وعنه وفي
عين بقرة الجزار وجزور ربع القيمة واما وضع المسألة على هذا الوجه اعني لم ينقل
في عين البقرة والبعير مطلقا ليتبين ان البقرة والابل وان اعدا للحم كما في الشاة لا يختلف
الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا
يؤكل لحمه كالحمار والبغل والى هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله ولانه انما يمكن اقامة العمل بها
باربعة اعين الى آخره والمعتمد في هذا هو التعليل الاول الا ترى ان العينين لا تضمنان
بنصف القيمة كذا ذكر فخر الاسلام رحمه الله وانما قال ان العينين لا تضمنان بنصف القيمة
لانه ذكر الامام المرغيناني رحمه الله بقوله وسئل لو فقأ الاخرى او فقأهما معا يجب القيمة
ان سلم الجثة وفي جامع بكر رحمه الله فقأ عيني الدابة فصاحبها ان شاء دفعها على الفاقي
وضمنه القيمة وان شاء امسكها وضمنه النقصان وهذا لان المعول في هذا النقص والنقض
زاد في عين دابة القصاب فيعتبر عليه واما الجواب عن الشاة فهو ان الشاة لا تعمل بل ينتفع بها
كما ينتفع بالامتعة فضمنت بالنقصان من غير تقدير وانما قلنا ان فقأ العين في الشاة
نقصان وليس باستهلاك لان المقصود من الشاة اللحم ولا يفوت شيء منه بفقأ العين
وهو عيب يسير فيلزمه نقصان المالية بخلاف ما ذكرنا من البهائم فانها عاملة
لبني آدم لكنها لا تعمل الا بغيرها فاشبه الانسان من حيث العمل واشبه الشاة من اللحم فوجب
نصف التقدير الواجب في الانسان وهو ربع القيمة واحدى العينين لان في الانسان فيها

[illegible]

[redacted]

نصف الدية فيجب في الهابر منها نصف النصف وهو ربع القيمة اذا القيمة فيها جاريه
مجرى الدية في الانسان نخس الدابة نخسا من باب منع اذا طعنها بعود او نحوه ومنه نخاس الدواب
ولا لها ومن سار على دابته الا ان قال كان ذلك على الناخس دون الراكب يعني اذا نخسها
بغير اذن الراكب **قال قلت** القياس يقتضي ان ينقلب الحكم وهو ان يجب على الراكب دون
الناخس لان الراكب مباشر والناخس مسبب الا يرى ان حرمان الارث والوصية ووجوب
الكفارة احكام مرتبة على المباشر وذلك يثبت في حق الراكب دون غيره ممن باشر السبب من السائق
والقائد والانسان ولو لم ينقلب الحكم ينبغي ان لا حكم للمباشرة هنا اقل من التسبب بان
يشتركا فيه ولا يتخلص عن هذا السؤال بان الراكب غير متعد والناخس متعد لانه لا يشترط
التعدي في حق المباشر في وجوب الضمان انما ذكر في حق المسبب الا يرى ان النائم اذا انقلب
على انسان فقتله او على مال انسان فاتلفه يجب الضمان والنائم لا يتصف بوصف بالتعدي
وكذلك الرامي في ملكه يجب عليه الضمان اذا اتلف برميه انسانا او مالا وهو متصرف
في ملكه **قلت** نعم كذلك الا ان جواب هذا مندرج في تعليل الكتاب بقوله ولان
الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده
وتفسير هذا الجواب مما اشار اليه في الذخيرة فقال لان الراكب وان كان مباشرا الا انه
مدفوع الى ذلك بغير اختياره لان الدابة هي التي وثبت لان فعل الدابة منقول الى الدابة
واذا كان فعله منقولا اليها لم يكن الراكب مباشرا لان المباشر اذا كان مضطرا في مباشرته
لا يعتبر مباشرته اصلا وكان فعله وجود الفعل منه بمنزلة وجود الفعل من الالة التي هي الجماد
كما في الاكراه الكامل حيث ينتقل الفعل من المكره الى الذي اكرهه ولا يكون للمكره فعل اصلا
فكذلك جعل فعل الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما تعلق الدابة فلا يكون
للراكب فعل اصلا فلما كان كذلك تعذر ايجاب الضمان هنا على الراكب بالمباشرة وتعذر
ايجابه بالسبب لانه لم يكن متعديا بالسبب فاما الناخس متعد في السبب فاوجبنا الضمان
عليه **قال قلت** قد ذكر قبل هذا في الكتاب ولا يضمن اي الراكب ما نفحت برجلها او ذنبها
ثم قال بعض فان اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا لانه لا يمكن التحرز عنه
فلما كانت النفحة مما لا يمكن التحرز عنها لم وجب الضمان هاهنا بسبب النفحة على الناخس
قلنا ذلك العذر انما كان في السوق والنخس واما اذا كان النخس بدون الاذن فلا وقد
قال في المبسوط واذا نخس الرجل الدابة ولها سائق بغير اذن السائق اي نخس الناخس
بغير اذن السائق فنفحت رجلا فقتلته فالضمان على الناخس وكذلك لو كان لها قائد لان
الناخس متعد في هذا التسبب بغير امر القائد والسائق وفي حق المتعدي لا فرق بين ما
يمكن التحرز عنه وبين ما لم يمكنه ولهذا الزمه ضمان ما نفحت بالرجل او الذنب فان كان
امره بذلك فلا ضمان عليه ولا عليهما لانه غير متعد هنا بل هو سائق للدابة باذن
صاحبها وليس على السائق ضمان النفحة فاضيف فعل الدابة وهو الاتلاف اليه وهو
الناخس لان الناخس متعد في تسببه وانما قلنا ان الناخس متسبب لان من عادة الدابة
النفحة والوثبة عند النخس لما بينا هو قوله لانه متعد في تسببه عند النخس والواقف
في ملكه والذي يسير في ذلك سواء اذ يجب الضمان على الناخس في كل حال وانما قيد بالملك
هاهنا في الوقوف والسير لانه اذا كان الراكب واقفا في غير الطريق الذي لم يؤذن
له بالوقوف فيه الدابة انسانا باذنه فنفحت انسانا فالدية على الضارب والراكب نصفان
على عاقلتهما لان الضارب سائق وكل راكب سائق فاستويا بضمنا ولا كفارة عليهما فان
القتل حصل بالسبب فان الراكب انما يكون مباشرا فيما حصل بالنفحة كذا في الايضاح وقوله
والثاني اي وطي الدابة وهذا لان الناخس كالسائق للدابة والسائق مع الراكب ضامنان
لما اوطات الدابة لما ان التلف حصل بسببهما وهو ثقل الراكب ووطي الدابة فوطي الدابة
من الناخس كان الثقل من الراكب فلذلك كان الناخس والراكب يضمنان دية هذه الدابة

ابن

محمد بن الحسن رحمه الله ان الواجب هو العبد ولان المولى لسر جانى ولا عاقلة هو للعبد
ولان المولى لان دوايه العبد انه متقطعة بالرق والمولى ما اشتراه لبواليه ولعقل عنه
بل ليستخدمه ولهذا يسقط الموجب موجب العقد ادا اهلك قبل الاختيار ديري المولى
بل المجني عليه حقه من الدفع والفدا ولو لم يكن الموجب الاصلي هو الدفع او احد الشيئين
من الدفع والفدا بالارش لكان اذا اهلك العبد قبل الاختيار ان يتعين الارش وليس
كذلك ولان الموجب الاصلي هو الدفع الاصلي وله التخلص باختيار الفدا ثم بعد ذلك
ايا منهما اختار يكون ذلك حالا ولا يكون مؤجلا على ما ذكر في الكتاب كذا في الذخيرة
فان قلت في قوله ولهذا سقط الموجب بموت العبد لا يصلح امالة الدفع دون الفدا لان هذا
الحكم ثابت ايضا فيما اذا اتلف العبد مال انسان ثم مات تسقط الموجب عونه ولا يطالب
المولى بضمان المتلف مع ان في اتلاف المال لم يشرع الدفع اصلا والرواية في الجامع الصغير
للامام المرتاشي رحمه الله صريحا وفي مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله **قلت** حق صاحب
الحق في الصورتين متعلق برقبة العبد واذا مات العبد فقد فات المحل الذي تعلق به حقهما
نسقط لذلك وحاصله ان في صورة اتلاف المال الدافع الحاصل ايضا لان الغرماء هم
الذين يبيع العبد فكان مدفوعا اليهم وذكر في اخر هذا الباب من المبسوط في هذه المسالة
وسوا مات العبد بافة سماوية او بعينه المولى بخاصته فعطب فيها او استخدمه فلا
ضمان عليه فيما لحقه بذلك لان للمولى حق الاستخدام في العبد الجاني ما لم يدفعه فلا
يكون فعله لذلك تعديا وقال الاكمل فان موجب المال المذكور تحول لان الحق تسقط
عن صاحبه بهلاك ذلك المال وان كان لصاحبه حق تعلق داء الدكوع من مال اخر بخلاف
موت الجاني اي موجب جناية الحر لا تسقط عن العاقلة بموت الجاني فصار كالعبد وصدقة
الفطر فان صدقة الفطر اذا وجبت على المولى لا تسقط بموت العبد ولذلك موت الحر
الجاني فلان التاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل ففيها وتحصيل
الحاصل باطل وعند اختيار المولى الدفع الواجب وهو العبد عين فلهذا او حيثما لا ما لعبد
لو امره بعود الدابة او لسوقها ولو كان **فان قلت** عدم صحة الاجل في المبدل لا يوجب
عدم صحة في البدل وذلك لان البدل والمبدل قد تجانبا في الاحكام الا ترى ان القصاص
لا تتعلق به حقه والمال هنا من القصاص وكذلك الوضوء والتيمم مختلفان في حق
النية وفي حق اشتداد المسافر بالمتيمم ولم يتطرق في هذه المسائل وصف المبدل في حق البدل
فمعنى ان يجب هنا كذلك **قلت** لعض لذلك لان الاجل في الديون عارض حتى
لا يثبت الا بالشرط على ما ذكرنا في فصل الضمان من كفالة الكتاب ولما لم يثبت شرط التا
في الفدا ثبت حالا ولكن ذكر النظر الى المبدل كان لبيان رجحان جانب الحلول على جانب
الاجل وذلك لان الفدا لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او في العضو اشبه الدية والارش
وهما يثبتان مؤجلا وان لم يشترط التاجيل على ما مر وكان ينبغي ان لا يجب الفدا
ايضا بالقياس عليهما وان لم يذكر شرط التاجيل لكن لما اختار المولى الفدا كان
الفدا دينا في ذمته كساير الديون فيجب ان يكون حالا كما في ساير الديون لما تعارض
جانب الاجل والحلول في الفدا بهذا الطريق رجح جانب الحلول بانه نوع للاصل من
حال فيجب ان يكون حالا لئلا يفارق الخلف الاصل اما حالا لفقهما في تلك المسائل
ذكرناها في مواضعها وهو ان القصاص غير صالح في حق المواصلة بالمال فلا يتعلق حقه
به والتراب غير مطهر بطبعه ولم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا قصدا
بخلاف الماء وصلاة المسافر في القضاء غير قابلة للتغير فيما لا قيدنا باليمين في القضاء
يلزم القوي على الضعيف وفي حق القعدة لا فرض فلا يجوز اقتداؤه بالمتيمم بالوضوء
لذلك فاذا حكى بينه وبين الرقبة سقط حق مطالبة ولى الجناية من المولى كالوارث
اذا خلا بين الغرماء وبين التركة لفوات حقه على ما نبناه اشار الى قوله غير ان الواجب

[illegible]

[illegible]

فإن قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

الاصل هو الدفع الى الاخر وان مات اى العبد الجانى بعد ما اختار الفدا لم يبرا سواء كان المولى موسرا او معسرا لتدبير المولى عن العبد **فان قيل** ما الفرق بين هذا وبين كفارة اليمين فان احد الانواع الثلاثة من الاطعام والالباس والاعتاق في كفارة اليمين لا يتعين الا بالفعل ولا يتعين بالقول مع ان الحانث هناك مختار بين تلك الثلاثة وهاهنا مولى العبد الجانى مختار ايضا بين الدفع والفدا ويتعين احدهما بالقول **قلنا** الفرق بينهما هو ان في حقوق الله تعالى المقصود هو الفعل والمحل تابع وفي حقوق العباد المقصود هو تعيين المحل حتى يتمكن صاحب الحق من الاستيفا فحصل بالقول كما يحصل بالفعل فكان القول محققا غرض صاحب الحق فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى اي يقال للمولى ادفعه بالجناية الثانية ايضا او افده كما هو الحكم في الجناية الاولى ومعناه بعد الفدا انما قيد المسالة بهذا لانه لو جنى بعد الجناية الاولى يتوجه الى اخر كانت المسالة غير المسالة الثانية وهي قوله وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى الاخر لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية **فان قلت** ما الفرق بينهما من حيث ان الرهن ايفا حكمي والارتهان استيفا حكمي يعتبران بالايفا والاستيفا الحقيقيين فيما لا يفا والاستيفا الحقيقيين لا يمنع تعلق لسائر الديون فكذا في الحكمي واما هاهنا فموجود التعلق لا لا ايفا ولا الاستيفا لا حقيقة ولا حكما فلا يمنع فيان في التعلق برقبة العبد الجانى ومعنى قوله على قدر ارشيهما على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما استحقه عوضا عما فات عليه فلا بد ان يقسم على قدر العوض كذا في الايضاح لما ذكرنا وهو قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية لان ارش العين الواحدة والحق يجب للمقتول يصير للوارث خلافة عنه هذا جواب اشكال وهو ان يقال الحق بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فينبغي ان يكون حكم هذه المسالة مثل المسالة الاولى بان يتمكن المولى ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر فاجاب عنه بهذا وقال لا نسلم لان المستحق متعدد بل المستحق متحد ايضا للتسبب لان الاصل في الاستحقاق الميت واحد والوارثان خليفته عنه فكان اعتبار الاتحاد الاصل **فان قلت** فاعتبار جانب الوارث اولى هاهنا من اعتبار جانب الميت وذلك لان الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما ويثبت الحكم للميت حكما لا حقيقة لانه ليس من اهل الملك حقيقة ولما كان كذلك والوارث اثنان وجب ان يتمكن المولى من ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر كما لو اختلفت الجنايات ترجيحا لجانب المالك حقيقة وحكما لا حقيقة هذا الذي ذكرته احدى روايتي الدور واما في عامة الروايات فيصير المولى مختارا للفداء في حق الورثتين جميعا اذا اختار الفدا في حق احدهما وجه ذلك هو ان ملك اصل وملك الوارث بنا عليه ولا شك ان اعتبار الاصل اولى من اعتبار الفرع فاعتبرنا جانب الميت واعتبرنا جانب الميت كان المستحق واحدا فلذلك لا يتمكن المولى من الدفع الى الاخر بعد ما اختار الفدا في حق احدهما الى هذا اشار في الذخيرة وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل الى اخره وحاصل هذا مما ذكر في الذخيرة بقوله والاصل في جنس هذه المسائل ان المولى متى احدث في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير عالما بالفدا فاذا احدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا وان كان عالما بالجناية لان في الوجه اختيارا واختار العبد فيتعين دفع الفدا لان المخير بين شيئين في الازالة اذا اختار امساك احدهما يلزمه ازالة الاخر عن ملكه كمن اعتق احد عبديه ثم باع احدهما فانه يتعين للاخر العتق وفي الوجه الثاني ما اختار امساك العبد لان الدفع بعد ما باشر من التصرف ممكن فيبقى على خيار فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الاعتاق تصرف يعجز عن الدفع لان الحقها اعتاقه نافذ لانه يتعلق حق الغير بالعبد لا يمنع نفاذ العتق فيه ولعدم نفاذ العتق امكنه الدفع فاذا اعتق بعد العلم بالجناية فقد

شيء على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلا
يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية فلذلك لا يلزمه شيء ولو مات من اليد قال العبد
صالحا بالجناية وهذا يشكل على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وهو ان العفو عن قطع اليد
لا يكون عفوا عن السراية والجناية والصلح عن القطع على العكس يجب ان لا يكون
صلحا عن الجناية [illegible] ان السراية [illegible] الصلح عن القطع لا [illegible]
[illegible] النفس دون اليد فيبطل الدفع ايضا بناء على [illegible] لكن [illegible] الاعتاق
صلح حدث [illegible] في جانب المولى فلا شك انه رضي بدفع العبد بجناية القطع
فيكون ادنى [illegible] بجناية القتل وكذا من جانب المجني عليه لانه لما اقدم على اعتاق
العبد المدفوع مع علمه ان العتق مما لا يحتمل النقض [illegible] يبطل الدفع [illegible] الحق
كان راضيا بكونه بدل القطع وما حدث منه [illegible] ذكره الامام المحبوبي رحمه الله
ان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من يقدم على تصرف
يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا التصرف الا بان يجعل صلحا عن الجناية [illegible]

[illegible]

قوله [illegible]

فان قيل [illegible]

قلنا [illegible]

[illegible]

فان قلت [illegible]

قلت [illegible]

[illegible]

[illegible]

لا يضمن لرب الدين دينه بل يضمن لمولى القتيل ديته اذا كان القتل خطأ على ما مر
آنفاً في قوله بخلاف ما اذا اتلفه الاجنبي **قلت** وجوب ضمان قيمة العبد المديون
على المولى انما كان باعتبار تفويت ما تعلق حقهم به من استيفاء دينهم منه لا باعتبار
وجوب الدين على المولى الا ترى ان الغرماء يتبعون العبد بعد العتق بما بقي من ديونهم
لا المولى ولو كان وجوب الدين على المولى لطالبوا المولى بجميع ديونهم كما يطالب مولى
العبد الجاني اذا اعتقه بعد العلم بجنايته بجميع الدية لما ان حق ولي الجناية واجب
على المولى بالدفع او بالفداء لهذا انا اذا قتل انسان مديون عمداً لا يضمن لرب الدين دينه
فالدم الاقوى مقابلة الاضعف لان القاتل لو ضمنه انما يضمنه بحكم الملك اي بملك
الدين الذي في ذمة المديون فيضمن ضمانه لرب الدين مثله فلا يصح لان ما يؤديه
عين وما يملكه وصف في الذمة والعين اقوى من الوصف والمماثلة مرعية
في ضمان العدوان فلا يجب الاقوى مقابلة الاضعف واما وجوب الدية عليه
لولي القتيل صيانة للدم عن الهدر بمعنى التملك فيه غير منظور اليه والسراية
في الاوصاف الشرعية لا في الاوصاف الحقيقية فوجوب الدفع اثر الفعل الحقيقي
ولذلك لم يسر الى الولد **فان قلت** يشكل على هذا سرايته وجوب الدفع الى الارش
الذي اخذ المولى بسبب جناية جني عليها حيث يدفع المولى ذلك الارش معها الى ولي
الجناية الذي جنت الامة في حقه فلو كان عدم السراية الى الولد باعتبار ان الدفع
فعل حقيقي فلا يسري اثره لكان ينبغي ان لا يسري الى الارش ايضاً بالطريق الاولى لما
ان الولد جزء فارشها ليس بجزء منها فلما لم يسر الى جزئها باعتبار انه فعل حقيقي
كان اولى ان لا يسري الى ما هو ليس بجزء منها **قلت** لا كذلك بل يسري الى
الارش ولا يسري الى الولد لمعنى وهو ان حق ولي الجناية كان ثابتاً فيها بجميع اجزائها
والارش عوض عن الجزء الفائت منها فيثبت حقه في عوض جزئها ايضاً لان
الجزء معتبر بالكل فلما استحقها ولي الجناية عند الدفع كان مستحقاً لها بجميع اجزائها
اصالة وعوضاً وارشها عوض جزئها فيستحقه ايضاً لذلك الا ترى انها لو قتلت
واخذ المولى قيمتها كان عليه دفع القيمة الى ولي الجناية فكذلك اذا اخذ عوض
جزئها فاما الولد فليس بعوض منها ولا من جزئها فلا يستحقه ولي الجناية لذلك
الى هذا اشار في باب الجناية العبد من ديات المبسوط لانه لما زعم ان مولاه اعتقه
فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد اي من كل الدية لانه اسقطه في الدية واثر
المولى ايضاً فلا تقبل دعوته على العاقلة فلذلك لم يثبت الدية له اصلاً وحاصله
هذا ان المجني عليه لما زعم ان الجاني حر كان زاعماً ان توجب جنايته على عاقلته وان
رقبته غير مستحقة له ودعوه معتبر فلذلك لم يكن له سبيل في اخذ العبد بعد هذا
الاقرار ولذلك لا شيء له على المولى ايضاً لانه لم يدع على المولى بعد الجناية اعتاقاً
حتى يصير المولى مختاراً للفداء او مستهلكاً حق المجني عليه بالاعتاق ولذلك لا شيء عليه
على العاقلة بغير حجة وهو ظاهر ووضع المسألة في المبسوط فيما اذا جنى العبد جناية بيه
خطأ ثم اقر المجني عليه انه حر قبل الجناية فهو حر وجعل في الكتاب الاقرار بالحرية
قبل الجناية وهما لا ينفيان واما لو اقر المجني عليه بعد الدفع اليه فهو حر لانه
ملكه بالدفع وقد اقر بحريته فيعتق باقراره الى هذا المجموع اشار في المبسوط الى
حالة معهودة اي معلومة وصار كما اذا قال العاقل طلقت واما صبي
او اقر رجل بانه كان اقر وهو صبي لفلان بالف درهم وقال المقر له بل اقررت
بها بعد البلوغ فالقول قول المقر له مع يمينه لانه اضاف الاقرار الى حالة معهودة
منافية للوجوب به فكان القول قول الصبي هدر في الاقرار والصبي حالة معهودة في كل واحد
فكان هو في المعنى منكراً للمال لا مقراً به **فان قلت** هو قد ادعى تاريخاً سابقاً في

[illegible]

فإن قيل

[illegible]

قلنا

[illegible]

اقراره والمعتزلة منكر لذلك التابع فينبغي ان يكون القول قوله قلنا المصير الى هذا
الترجيح بعد ثبوت اصل السبب ملزما واذا كان الاقرار في حالة الصبا غير ملزم اصلا
فلم يكن هو مدعيا للمانع بالاضافة اليه بل يكون منكرا لاصل المال عليه كمن يقول
لعبده اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق كذا في باب اضافة الاقرار الى حالة الصغر
من اقرار المبسوط لما ذكرنا اذا ذكره قوله لانه منكر للضمان الا الجاع والعلة استحسانا
فان قال لجاريته وانت حرة اذا اخذت منك غلة عملك وابنة امي لا تضمن الاشياء بعينه
يوم يرده عليها لعين لو كان اقر بأخذ شيء منها بعينه والماخوذ قائم في يده واختلف
فيه على هذا الوجه اجمعوا فيه على انه يرد ذلك عليها وفي الشيء الغائب الى آخر جواب
عن هذه المسائل المجمع عليها كما اذا قال فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم
نفقت يريد بها انه عرض من العين قصاصا والارش والمعتزلة يقول لا بل فقأتها
وعينك اليمنى مفقوءة يدعي وجوب نصف الدية عليه وحاصل هذا ان حبس الحضر
الذي اتلفه المتلف لو كان منه صحيحا ثم سقط سقط القصاص ايضا وهذا لان
حق المجني عليه متعين في القصاص بطريق الاصالة على ما مر من اصل اصحابنا ان موجب
العمد القود على سبيل التعيين ان يعدل الى المال وقيل ان يعدل الحق في القصاص
اذا فات المحل بطل الحق هكذا في الايضاح ثم ذكر فيه في باب الجوارح في يد الناقصة
لو كانت يد القاطع صحيحة ثم شلت بعد القطع فلا حق للمقطوع في الارش لانه حق ثبت
ابتداء في يده من غير خيار ولذا ذهب الكل بآفة سماوية سقط حقه ولم ينتقل الى الارش
وكذا اذا انقطعت بآفة **فإن قلت** هذا الذي ذكرته حسن لكن ذلك في غير
العين من الاعضاء اما في العين فلا قصاص الا اذهاب الضوء منها فانه لا يجب القصاص
في فقأ العين وتعويرها لانه ذكر في الكتاب في اوائل باب القصاص فيما دون النفس
بقوله ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه وكذا ايضا ذكره في الايضاح والذخيرة
فقال ولا قصاص في العين اذا فقئت عمدا او انخسفت وانما يجب القصاص اذا كانت
قائمة وذهب ضوءها وقال في المنتقى وقال ابو حنيفة رحمه الله ومحمد لا قصاص في قلع
الحدقة في العين اذا اضربها فذهب ضوؤها **قلت** نعم كذلك لكن الا انه ذكر في الذخيرة
بعد ما ذكر هذه الروايات التي ذكرها محتاز الى الاحناس انه لو ضرب عين انسان
باصبعه ضربة حقيقة فذهب ضوؤها وقد يعد ذلك ففيه القصاص يجوز ان يحمل ما
ذكره في الكتاب على تلك الرواية وذكر في الذخيرة ايضا محتاجا الى الاصل اذا فقئت
عمدا فذهب نورها ولم تنخسف منها القصاص لان اعتبار المساواة ممكن متى لم تنخسف
العين بخلاف ما لو انخسفت فكان ما ذكر في الكتاب محمول على فقء عين ذهب نورها من
غير انخساف على ما ذكر في الذخيرة والله اعلم لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقد
لان حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها لانها ليست بمال ولذلك اخذ الغلة فان المولى
اذا اضرب على عبده غلة وهو مديون يصح ولو اخذه لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا
لا يعتبر لذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله واذا امر العبد المحجور صبيا حرا لان هذا
الحكم وهو وجوب الدية على عاقلة الصبي على تقدير القتل انما يستقيم ان لو كان الصبي المامور
حرا اذ لو كان عبدا كان مولاه مخيرا بين الدفع والفداء ثم بعد الدفع والفداء يرجع مولى
العبد القاتل على العبد المحجور الآمر بعد العتق لعتمه عبده القاتل وحاصل ذلك
ان الآمر والمامور بالقتل اما ان اتحد حالهما او اختلف فكل منهما على وجوه لانه اذا اتحد
حالهما فلا يخلو اما ان كانا حرين بالغين او صبيين او عبدين بالغين او مأذونين او محجورين
او مكاتبين وان اختلف حالهما اما ان كان الآمر حرا كبيرا والمامور صبيا او عبدا او كان
الآمر عبدا كبيرا محجورا او مأذونا والمامور صبيا حرا او عبدا فان كانا حرين بالغين
بان امر حر بالغ حرا بالغا اخر بقتل رجل فقتله خطأ انه لا يرجع على الآمر غالبا لانه

تم

وهو النصف مالا عزانه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب
صاحبه فما يكون في نصيبه في نصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط الرزون
ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وذلك نصف النصف
وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رضي
الله عنه ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في
ملك شريكه فينقلب كما هذا النصف مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا
ويحتمل ان يكون نصفه في نصفه في ملك نفسه ونصف في نصيب العافي فينقلب
نصف هذا النصف مالا وهو الربع فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا بالشك
لان المال لا يجب بالشك والاحتمال او نقول ان القصاص اذا صار مالا لا يمحض لخطاء
ولو كان القتل خطا لا يجب شي فهذا مثله الى هذا اشاد في شرح الجامع الصغير وذكر
في بعض النسخ اي في بعض نسخ الجامع الصغير والله اعلم **فصل** لما فرغ
من بيان احكام جناية العبيد شرع في بيان احكام الجناية على العبيد وانما قدم جناية
العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول فكذا رتبنا وفي الامة اذا ادت
قيمتها على الدية خمسة الاف درهم الا عشرة دراهم اذا ظهر الرواتين وفي رواية
الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يجب خمسة الاف درهم الا خمسة دراهم كذا في المبسوط
والرحيز وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجب قيمته بالغة ما بلغت وهذا
القول من ابي يوسف قوله الاخر وكان يقول اولا مثل قولنا وهذا الاختلاف
بنا على الواجب بقتل العبد خطا ضمان المال او ضمان النفس فابو يوسف والشافعي
رجحا جانب المالية فقالا لو جعلنا الواجب بمقابلة المال كان فيه تحقيق المماثلة فان
المال ولو كان لا يماثل النفس واعتبار المماثلة في ضمان العدوان واجب فلذلك وجبت
قيمته بالغة ما بلغت كما في الغصب وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله رجحا جانب النفسية
وقالا النفس اعظم خطرا من المال فكان الحاق الضمان بمقابلته اولى من ضمان الحر
لا زاد على عشرة الاف درهم فضمان العبد وهو دون الحر اولى ثم ان عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله يكون ذلك على عاقلة القاتل لانه ضمان النفس وقال ابو يوسف
والشافعي انما يكون على العاقلة لانه يكون ضمان المال كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله
لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في
حق الدم مبقى على اصل الحرية **فان قلت** وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه
بدل المالية الا ترى ان القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدا وهو ليس بمقابلة المالية
بالاتفاق **قلت** استيفاء القصاص مبني على الولاية قال عليه الصلوة والسلام السلطان
ولي من لا ولي له فالمولى ولي العبد فيجب القصاص له فاما استحقاق المال لا يبتنى
على الولاية بل على الارث اذ او جنسيته والا يجري الارث بين المولى وعبده فعلم انه
انما استحقه لجبران فوات ماله كما في سائر الاموال ولابي حنيفة ومحمد انما صرح باسمهما
مع تقدم اسمهما مرة صريحا ولم يكن ذلك من دابه لدفع الاشتباه عن اسم ابي يوسف
رحمه الله والشافعي لانه وقع هاهنا من كل طرف اثنان بحسب اتفاق الحال قوله
تعالى ودية مسلمة الى اهله فوجه التمسك بهذه الاية على ان العبد داخل في حكم هذه
هو ان الله تعالى ذكر حكمين في هذه الاية الكفارة والدية بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا
خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ثم بالاتفاق ان العبد داخل في حق
وجوب الكفارة مثل دخول الحر فلذلك بالدية في مقابلة النفس مقدرة بالنص لا يجوز
الزيادة عليها بالراي ولا يجوز اسقاطها بالراي ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا
اي بالايمان والشرائع التي يحث عليه مثل الصلوة والصوم وغيرهما من شرائع المعاملات
والعقوبات وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما والدليل على صفة المالية في هذا المحل

[illegible]
فان قيل
قلنا
[illegible]

تابعة للنفس لان قوام المالية بقاء النفسية وهي علامة التبع ولا يجوز اهدار الاصل
بمقابلة التبع لان في اعتبار الاصل اعتبار التبع وليس في اعتبار التبع اعتبار الاصل
فاذا اوجبنا الضمان واجبا باعتبار النفسية كنا قد اعتبرنا ما هو الاصل وباعتبار يجعل
التبع فكان ذلك اولى من ان يجعل مقابلته وبهذا رجحنا النفسية والدليل عليه انه
بمنزلة القصاص فان القصاص يجب باعتبار معنى النفسية ثم لا يجب على المولى اذا قتل
عبده لانه عبد معبده لان القصاص انما يجب للمولى استيفاء على سبيل الخلافة عنه فلو وجب
وجب له على نفسه ومن قال القصاص واجب باعتبار المالية فهو لغو من الكلام لان
المال لا يضمن بالقصاص بحال فكيف يضمن المال به والمقصود بالمال التمول والادخار
لوقت الحاجة وليس في القصاص شيء من ذلك وبهذا يتبين ترجيح معنى النفسية على معنى
المالية لان التلف في حالة الخطا هو التلف وفي حالة العمد فانما حصل المضمون بسبب
معنى النفسية فكذلك الخطا ومن قال الجمع بينهما ممكن فهو فضل من الكلام لانه لو كان
هنا طريق الى الجمع بينهما لكان ينبغي ان يضمن الدية مع كمال القيمة او يستوفي في حال
العمد القصاص باعتبار النفسية والقيمة باعتبار المالية واحد لا يقول بذلك فعرفنا
انه لا وجه للجمع بينهما لما بين الوصفين من المغايرة وعلى سبيل المضادة واما النقصان
فنقول بدل النفس ينقص عن اعلى الديات باعتبار معنى موجب النقصان في المحل الا ترى
انه ينقص بالانوثة وبالكفر على اصل الخصم وبالاجتنان في البطن بالاتفاق فان بدل
الجنين دون بدل المنفصل وكان الوجوب باعتبار النفسية هناك اذ لا مالية في الجنين
سواء كان حرا او مملوكا فلذلك ان ينقص عن اعلى الديات باعتبار صفة المملوكية وهذا
بمنزلة الدية باعتبار كمال صفة المالكية الا ترى ان بدل الانثى على النصف من بدل الذكر لان
الذكر اهل لمالكية المال والنكاح والانثى اهل لمالكية المال دون مالكية النكاح فانها
مملوكة نكاحا فينتصف بدلها والجنين ليس باهل لمالكيتين في الحال ولكن فيه
عرضية الاهلية لذلك اذا انفصل حيا فاعتبار ينقص بدله فانه النقصان **فان قيل**
لو كان التعليل بمعنى المالكية او المملوكية صحيحا لنقصت دية العبد عن دية المرأة لانها
تملك **قلنا** من حيث ان العبد نفس يدخل تحت حمل امانة الله تعالى لم ينتقص ما لا ويبقى على
حكم الحرية وصحة النكاح يبتنى على هذا الوصف لان عقد النكاح لا يجري بين الاموال وهو
من هذا الوجه يملك الحرة نكاحا فيصير المرأة تبعا له في حق النفسية وما يبتنى عليها
وقد ذكرنا عند التعارض بين النفسية والمالية الاعتبار بجانب النفسية على المالية
على ما ذكرنا فلما كان العبد هو المالك للحرة فيما يرجع الى النفسية كانت دية المرأة انقص من
دية العبد التي تبلغ دية الحر ولان قيمة العبد اذا كانت اكثر من خمسة الاف كان دون دية
المرأة لانها مملوكة واذا كانت القيمة اكثر من ديتها يجب الاكثر لانه يملكها نكاحا فوقها بالشهين
فان قلت ما جوابنا عن ما احتج به الخصم فان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في
دية العبد قيمته بالغة ما بلغت والدليل ايضا فان الواجب في قتل العبد ضمان المال لا النفس
ان الضمان يجب للمولى باعتبار ملكه وتعين ملكه كما لو قال الضمان الواجب له يكون
ضمان المال ايضا ولانه يرجع الى تقويم المقومين من الاسواق فيوجب به حدس بعد السوق
وهو يختص بضمان المال واما في الدية التي بمقابلة النفس انما يجب الابل وغيرها ولا مدخل
للابل هاهنا ولان قيمة العبد تختلف باختلاف اوصاف المتلف في الحسن والجمال وسلامة
الاطراف ويدخل قيمته بذهاب اطرافه كما في المال فلو كانت قيمته بمقابلة النفس لما انه صبي
بعينه لنقصان اطرافه كما لا ينقص الدية بنقصان اطراف الحر ولانه لو قطع يد عبد يساوي
ثلاثين الفا يضمن خمسة عشر الفا نصف القيمة بالغة ما بلغت زائدة على الدية فلما وجب هكذا
في نقصان الطرف ينبغي ان لا ينقص عنه بابطال الكل ولا يلزم الفتح وهو انه يجب بقطع طرفه
خمسة عشر الفا وبقتله عشرة الاف الا عشرة ولان الراهن اذا قتل المرهون يضمن قيمته للمرتهن

ولا

[illegible]

لك من الانكار والحلف عليه لكن انتبه انه ملك يمين ام لا فاحدهما ثابت لا محالة وذلك
لا يكفي لاستيفا القصاص وهكذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في العتاق عن مسالة
العرض وبين مسالة الجارية وقال اذا قال لك على الف من قرض فقال المقر له لا بل من
ثمن بيع فانه يقضي بالمال لانا نلغي القرض لانكار كل واحد منهما ما ادعاه صاحبه بقي الاقرار
بمطلق المال وذلك كاف لاستحقاق المال ويكون بدلا عن المقر والبدل يجري في المال كما في
القضا بالنكول بخلاف مسالة الجارية فان حل الوطي مما لا يثبت بالبدل والاعتاق لا يقطعه
السراية لذاته جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية يعني عن ان يكون الاعتاق قاطعا
للسراية انما هو في صورة الخطا لجهالة المقضي له والمقضي به لانا لو اعتبرنا حالة الجناية تجب
القيمة للمولى وان اعتبرنا حالة السراية تجب الدية للمقتول وجهالة المستحق وهو المقضي له
بانفراده يقطع السراية فجهالة المقضي له والمقضي به اولى بخلاف فصل العمد لان ثمة الواجب
في الحالين واحد وهو القصاص والمستحق واحد وهو المقتول لان القصاص انما يجب من
حيث انه ادمي والعبد من حيث انه ادمي مبقى على اصل الحرية الا ان المولى يستوفي بحكم الخلافة
عن العبد واذا لم يكن وارث سوى كان المولى يستوفي عن الخلافة كذا ذكره الامام قاضي خان
رحمه الله وحصل من هذا كله ان صورة من قطع يد عبد عمدا فاعتقه المولى ثم مات منه
لم تخل عن اربعة اوجه لان قطع يد العبد في الابتدا لا يخلوا ما ان كان عمدا او خطا ثم كل وجه
على وجهين اما ان كان للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان له وارث سوى المولى
والقطع عمد يقطع الاعتاق السراية بالاجماع ولا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به
وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد رحمه الله واما اذا كان القطع خطا فالاعتاق يقطع
السراية بالاجماع سوا كان له وارث ام لا ولا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع
فاوقع العتق على احدهما اي اظهر العتق الذي قاله على وجه الابهام بقوله احدكما حر والبيان
ذكر بلفظ اوقع لتدل به على ان العتق لم ينزل على واحد منهما معينا في حق الارش وان كان ظهر
وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما فانه اذا قال لهما احدكما حر
ثم مات احدهما او قتل تعين العتق في الاخر لان الذي خرج ان يكون محلا لايقاع العتق عليه
او العتق المبهم في حق العين كالنازل عند البيان فلا بد من ابقا المحل ليستوفي حينئذ في البيان
وعدم التعيين في الباقي منهما كان مزاحمة الاخر اياه وقد زالت هذه المزاحمة بخروج احدهما
من ان يكون محلا للعتق فلهذا تعين في الاخر وهذا لان قوله بعت هذا بكذا او ارهنته بانه
لاحظ لهذا العبد في ذلك العتق فتعين الاخر للعتق لما ان البيع اسم خاص لتمليك مال بمال
وتمليك البيان ممن له البيان كصريح البيان لان العتق غير نازل في العين **فان قلت** يشكل
على هذا ما لو اختار المولى عند الموت تعيين العتق في احدهما عتق كله ولا يعتبر من ثلث ماله
اعتبارا للاصل الا الايقاع الذي كان في الصحة فلو كان العتق المبهم غير نازل حكما في المعين ينبغي
ان يعتبر تعيين العتق في احدهما تعيينه وقت الموت وان يصح من ثلث ماله لا من كله **قلت**
انما كان هكذا لان اصل الايقاع كان منه وقد تم الاستحقاق به في صحة حتى يعتبر ابن جنيه
ما لم يعد لا يسكن في حياته فلا يعتبر ذلك بيانه عند الموت **فان قلت** ما وجه
الفرق لابي يوسف ومحمد رحمهما الله بين جواز لحد ارثهما المولى اذا استجهما او قطع ايديهما
وليس له ان يجامعهما اذا كانتا امتين والمسالة بحالها مع ان هذه الثانية التي ذكرها
في الكتاب ان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فيقيا مملوكتين واراد به
ايضا لان الوطي ايضا يصادف العين كالشجة **قلت** وجه ذلك هو ان الوطي يصرف
لا يحل الا في الملك فاقدامه عليه في احدهما دليل تعيين الملك ومن ضرورته انتفاء ذلك
العتق عنها في الاخرى وقياسا لو قال لامراتين له احداكما طالق ثلاثا ثم وطي احدهما
تعين الطلاق في الاخرى لان فعل المسلم محمول على الحل ما امكن واما في حق الارش بقي كل واحد
منهما لاحتيا بالعتق المولى فيهما بعد الشجة ولعبد قطع ايديهما لبقا كل واحد منهما محلا للعتق

ذلك

وما يبقى خيار المولى لانه يكون العتق نازلاً في غير احدهما فلما شج راس كل واحد منهما او قطع
يد على حكم الرق وكان للمولى لانه حيا والعتيق للمولى فيهما كما كان قبل الشجة فيهما
ولو قتلهما رجل اي رجل واحد فعليه دية حر وقيمة عبد هذا اذا كان القاتل
واحداً وقتلهما معاً واستوت قيمتهما واما اذا كان القاتل اثنين فيجيء بعده واما اذا قتلهما
واحد على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الاخر لورثته لان بقتل احدهما تعين العتق
في الاخر ضرورة فتبين انه قتله وهو حر واما لو قتلهما معاً كان عليه قيمة عبد ودية
حر ان استوت القيمتان وان اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما او دية حر لانا
نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما باولى من الاخر فلزمه نصف
قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما فان البيان فات حين قتلا وعند فوت
البيان يشيع العتق فيهما بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين
هذا اذا قتلاهما معاً او لا يدري ايهما قتل اولا اما اذا قتلهما رجلان فان كان قتلهما على التعاقب
فعلى القاتل الاول قيمة الاول وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لان العتق تعين فيه
واما اذا كان قتلهما معاً فعلى كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما
قتل احدهما بعينه والعتق في حق المعين كانه غير نازل فكان كل واحد منهما مملوكا عينا
وانما نزل العتق في المنكر ولا يستيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر وانما يجب على
كل واحد منهما القدر المتيقن وهو القيمة ولم يبين في الكتاب اي في المبسوط ان ذلك
للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف
للورثة لان في حق المولى العتق ثابت في حق احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيتوزع ذلك
نصفين عليهما هذا وان لم يجز عليهما احد ولكن المولى مات قبل ان يبين عتق من كل واحد
منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته لان البيان قد فات بموت المولى فان الوارث لا يخلفه
في ذلك لانه لا يقف على مراده ولان مجرد الخيار لا يورث ولما فات البيان شاع العتق
فيهما اذ ليس احدهما باولى من الاخر وبعد ما عتق نصف كل واحد منهما يجب اخراج النصف
الباقي الى الحرية بالسعاية هذا كله في الباب الجامع لوجوه العتاق من عتاق المبسوط وقوله
ولان العتاق معطوف على قوله والعذر ان البيان انما يصح مادام محلا في حقهما اي في
حق الاطراف لسقوط اعتبارها اي اعتبار المالية في حق الذات قصراً عليه اي لم يقتصر
اعتبار المالية في حق الذات بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا يعني ان انحصار اعتبار المالية
في حق الذات غير ساقط ولما ان معنى المالية لما كان معتبرا حتى كان الواجب من القيمة
باعتبار المالية يزيد بزيادتها وينقص بنقصانها وجب ان يترجح جانب المالية في اطراف
العبيد ويقول فيه كما يقول في سائر الاموال او يقول العبد في الجناية عليه كالحر من وجه
حتى يتقدر طرفه ببدل نفسه وبمنزلة الثياب والدواب من وجه حتى يكون الواجب
من القيمة باعتبار المالية يخير المولى ان شاء مال الى الشبه الاول واستوفى جميع القيمة
وسلم الجثة لان النفس قد صارت مستهلكة حكما بفوت منفعة النفس وان شاء مال الى
الشبه الثاني واخذ نقصان القيمة وامسك الجثة كما في خرق ثوب انسان خرقا فاحشا
فاحشا نعم من احكام الاول اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء الى سوء رغم كما يدل النفس
على النفس والفائت من الطرف بان يكون باخذ الفائت لا غير كما في نقصان عين الحر يعني
يجب ان لا ينقسم الضمان على الاجزاء والنفس ولا باخذ الا باخذ النقصان ويمسك
الجثة كما قال لا يجب كل القيمة لا النقصان على تقدير الدفع ولا يجب شيء على تقدير امساك
الجثة ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم ويملك الجثة اي ينقسم موجب الجناية
وهو الضمان على الاجزاء والجثة فيضمن نقصان الجثة كما في خرق الثوب فوفرنا على
الشبهين حظهما يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي ان لا يجب الضمان مقدرا بل باعتبار الفائت
لا غير وبالنظر الى المالية ليس ان يواخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما ليس له ذلك

[illegible]

فصل في جناية المدبر وام الولد

[illegible]

من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش وكذا هنا وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف
قيمته فيسلم له اي للمولى ولا يسلم للمولى نصف القيمة الذي اخذ من الغاصب في المرة الاولى
لا يرجع ثانيا فاذا اوجد شيئا اي وجد ولي الجناية الاولى اذا وجد شيئا فارغا من مزاحمة من
ولي الجناية الثانية من بدل العبد فاخذ واما ما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا
نعم لذلك في حق المولى والغاصب لان ما اخذ المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي
الجناية الاولى واما في حق المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم لولي الجناية الاولى فالاعتبار
لمن استقر عنده وهو المجني عليه ومثله جائز كالذمي اذا باع خمرا وقضى به دين المسلم يجوز
للمسلم اخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وعوض عن الدين في حق المسلم فلذلك
حل له اخذها فعلم بهذا ان الشيء الواحد يجوز ان يكون بدل عين في حق انسان ويكون
بدلا في شيء اخر في حق غيره ان استحقاق النصف استضافه على الاستثناء ذكر هذا البيان
العرف فانه يدفع هذا الذي يمنع ان استحقاق النصف استضافه على الاستثناء ذكره
لسان العرف فانه يدفع هذا الذي اخذ الغاصب الى ولي الجناية بالاتفاق وكان لا يدفعه
اليه عند محمد رحمه الله في المسالة الاولى لا دائه الى الجمع بين البدل والمبدل واما هنا
لو دفع الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي بين الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى
عند المولى كان ما اخذ المولى من الغاصب بدلا عن ما دفع الى ولي الجناية الثانية لان
الموجود عند الغاصب الجناية الثانية دون الاولى فلو دفع ذلك الى ولي الجناية الاولى
لا يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل فيدفع لان حق ولي الجناية الاولى كان في كل قيمة المدبر
لان المدبر كان فارغا وقت الجناية الاولى عن مزاحمة الثانية وفي المسالة الاولى
ايضا كان لذلك وهو ان حق ولي الجناية الاولى كان في كل القيمة لا ان المأخوذ من
الغاصب بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى لان الجناية الاولى كانت عند الغاصب
فلو دفع اليه نصف القيمة التي اخذها من الغاصب ادى الى الجمع بين البدل والمبدل فلا
يدفع لمكان التعذر ولكن قد ذكرنا جوابهما ان هذا مثير وصنع في العبد اي وضع محمد رحمه
الله هذه المسالة في الجامع الصغير في العبد بعد ها وصنعها في حق المدبر لان كلتا المسالتين
مذكورتان في الجامع الصغير هذا اكد مما اشار اليه في الجامع الصغير ويرجع به اي بذلك
النصف الذي اعطى الى ولي الجناية الاولى بعد قبل هذه المسالة على الاحتلاف اي الدفع الى
ولي الجناية الاولى ومن غصب صبيا حرا فذكر الغصب في حق الحر وقع مجازا لان الغصب
انما يتحقق في الاموال لا في الاحرار لكن اراد به الذهاب بالصبي بغير اذن وليه ووجه الاستحسان
انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف لان التلف حصل بما يضاف الى الغاصب لانه
لو لا نقله وغصبه ما اصابته هذه الاشياء ظاهرا لكان في معنى الحفر فيضمن الحافر ما فيها
ان النقل بسبب منه **فان قلت** ما جوابنا عن مسالة المكاتب فانه لا يضمن هناك
بالاتفاق مع وجود مثل هذا النقل وان كان المكاتب صغيرا وما حكم من غصب الكبير
ونقله الى مثل هذه الامكنة فمات باصابة هذه العوارض **قلت** جوابنا في المكاتب
هو ان المكاتب في يد نفسه صغيرا كان او كبيرا بخلاف الصغير الحر الا ترى ان المكاتب الصغير
لا يزوجه احد والحر الصغير يزوجه وليه عرفت ان المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير والحر
الكبير في يد نفسه لا في يد الغاصب فكذا المكاتب وان كان صغيرا هكذا ذكر المسالة
القاضي الامام علي السغدي رحمه الله تعالى في شرح الزيادات واما حكم الحر الكبير فانه
اذا غصبه انسان ونقله الى مكان فاصابه شيء من هذه العوارض ينظر ان منعه الغاصب
حتى اصابه ولم يتمكن من التحرز عنه يضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه
فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم
يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالماشي
اذا علم بالبئر ومشى كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغير فانه عاجز

[illegible]

عن حفظ نفسه عن اسباب التلف كالماشي الى البئر وهذا كله مما ذكره الامام المحبوبي رحمه
الله واذا اودع صبي عبدًا الى احر وذكر في شرح الطحاوي رحمه الله ومن اودع عبد صبي
مالا فاستهلك فهو ثم وان كان محجورًا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع
وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه ولكنه قبل الوديعة في قول ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد في الحال ولا بعد ادراكه وقال ابو يوسف رحمه الله يضمن في الحا **قوله**
رحمه الله وهذا دليل على ان غير العاقل يضمن بالاجماع وهذا الذي نشاء عن فخر الاسلام
ذكره في الجامع الصغير واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيخان
والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا
وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم وكذا اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع حيث يضمن
المتلف ولو كان التسلط على الاستهلاك ثابتا في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره ايضا
لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكان لكل واحد من الاستهلاك
من غير ضمان ومن حجة ابي يوسف رحمه الله ما ذكره في وديعة المبسوط فقال ان ضمان
الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء ولان الايداع من الصبي باطل فانه
استحفاظ من لا يحفظ فكانه لم يودعه ولكنه جاء فاتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضييع
للمال فكانه القاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك واتلفه كان ضامنا وهذا مثله اذا وضع
المال في يد صالحة اي مالوفه من الايداع والاعارة فانه لا ولاية له عليه فان الاصل ان
كل يد صالحة على ما مضى انها تنتقل بيد غيره الا اذا قام يد مقام يد وها هنا لم يعتبر يد
مقام يد لعدم الولاية له عليه فكان التضييع من جهته بخلاف البالغ والماذون له لانه
لو اتلف يضمنان بالاجماع لان لهما ولاية على انفسهما فيصح الايداع عندهما ولعدم صحة
الايداع ولو اتلف الماذون الوديعة يضمن الصبي المودع لان عصمة حقه اي حق العبد
تعتبر باعتبار المالك لعصمة المالك اما ان تعتبر في ماله ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره
من الاستهلاك بالتسلط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره
من الاستهلاك فلما لم يوجد التسلط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا
او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها
بالتسلط وذكر في الايضاح وهذا بخلاف قتل العبد لانا نعتبر قتله ممكنا اذا كان هو
متمكنا من ذلك الفعل بملكه والمال غير متمكن من القتل بملكه فلم يعتبر بمكينه فاما في غيره
فهو متمكن من الاتلاف بالملك شرعا وانما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفها لانه
غير مملوك له وذكر في الاسرار في جواب هذا فقال قلنا المولى يحكم يده مما كان يملك قتل
العبد لانه اجنبي عنه في حق روحه وحياته والعبد منه كالحر فقال فان قيل هذا
الجواب يبطل بما لو كانت شاة فخنقه الصبي او العبد فانه لا يضمن ورب الشاة ما كانت
تملك هذا الحكم ملكه قلنا انما يملك بحكم ملكه التصرف في حياتها فانه يذبحها ولكن لا يملك
الخنق لانه تضييع المال لا لانه اتلاف كالو سيبها وهي مسالة العبد لا يملك حياته ولا التصرف
بانه تضييع ولكنه يحكم انه اجنبي عنه الا ترى انه لو اقر عليه بالقصاص لا يصح اذ هو مبقى
على اصل الحرية في حق الدم ولما كان العبد بمنزلة الحرية له في حق الدم لم يصح الايداع في حقه
لان الحر لا يجوز ان يكون وديعة عند غيره فلذلك لم يثبت له الايداع والتسليط وبخلاف
ما اذا اتلفه غير الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره اي المالك بالايداع
عند الصبي انما اتلفه عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان
لان التسليط انما وجد في حق الصبي لا في حق غيره وصار كمال الوديعة هنا بمنزلة من وجب
عليه القصاص في حق دمه فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ومعصوم الدم في
حق غيره كما كان لما ان عدم عصمة دمه انما ثبت في حق من له القصاص لا غير **قال قد**
فصار حاصل تعليلها دائر مع التسليط حيث وجد التسليط في حق الصبي دون غيره

عل

[illegible]

باب القسامة

[illegible]

يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عليه
لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون
اليمين حجة له وهو معنى قوله في الكتاب واذا كان الظاهر شاهدا للولي شرعت يمينه وحجتنا
ما روينا من الآثار المشهورة وقول رسول الله عليه الصلوة والسلام لو اعطي الناس بدعواهم
الحديث وقد بينا في الدعوى ان اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق نفس ما فيكون بتلك
حجة لاستحقاق نفس خصوصا في موضع تيقن بان الحالف مجازف يحلف على ما لم يعاينه
بحال يحتمل في نفسه وهو الموت وانما اليمين مشروعة للنفي اما كان على ما كان فلا يستحقونها
قال الطحاوي مستحقا بما يحلفون ويستحقون دم صاحبكم ما يكاد يصح هذه الزيادة وقد
قال جماعة من اهل الحديث اوهم سهل بن ابي حثمة ما قال رسول الله عليه الصلوة والسلام
اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ولو ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام عليهم لا على
طريق الحكم والامر لم يدل فان الثاني معطوف على الاول فيشاركه في الاستفهام فانه
لو كان على سبيل الحكم لكان يقول احلفوا وتستحقوا دم صاحبكم كما تقول ادخل الدار وتنظر
الامير بالنصب اريد به التعليق بالحكم واذا اريد به الاستفهام قيل ادخل الدار وتجلس
فيها بالرفع اي اتجلس فيها بعد الدخول والاستفهام استخبار عن فعله افعله ام لا وليس
بيان انه يجوز له ذلك او هو محمول على الاستفهام بطريق الانكار كقوله تعالى اتأتون
الذكران من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من ازواجكم وكذلك يحلفون معنى احلفون
كقوله تعالى تريدون عرض الدنيا معناه اتريدون وكان رسول الله عليه الصلوة والسلام
اراد بهم الرجعة في حكم الجاهلية حتى ابو ايمان اليهود بقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال
ذلك على سبيل الزجر فلما عرفوا كراهة رسول الله عليه الصلوة والسلام بذلك رجعوا
عنه بقولهم وكيف نحلف على امر لم نعاين ولم نشاهد كذا في المبسوط والاسرار لانه ليس
لشهادة وهذا التعليل يحترز عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما والحدود في القذف
والاعمى ليس لهما شهادة الاداء فاما هذه يمين محضة كذا في المبسوط واذا حلفوا قضي على اهل
المحلة بالدية على عاقلة اهل المحلة وفي المبسوط انما يقضي بالدية على عاقلة اهل المحلة في
ثلاث سنين لانحالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ واذا كانت الدية هناك على عاقلته
في ثلاث سنين فههنا اولى وفي ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عواقلهم
وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله على قول زفر رحمه الله القسامة والدية على عاقلة
اهل المحلة قياسا على الآخر وعلى قول ابي يوسف القسامة على العاقلة لان التحمل يجري في الدية
ولا يجري التحمل في اليمين وادعى اسم قبيلة من همدان ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل
وليه عمدا او خطأ الى ان قال وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى
هكذا في بعض النسخ وهو الاصح لانه احال على هذا المذكور هذه المسألة بعد هذا بورقتين
اذا كرر في قوله وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم
وقد ذكرنا فيه القياس والاستحسان وهذه الحوالة ليست الا في ذلك المذكور وفي بعض
النسخ وان لم يذكر تحمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم ويجوز تكرار اليمين من واحد كما في
كلمات اللعان لان الظاهر ان تام الخلق سيصل حيا **وان قلت** الظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق ولهذا قلنا في عتق الصبي وذكره واسنانه اذا لم يعلم صحته حكومة العدل
عندنا وان كان الظاهر سلامته **قلت** الاطراف لا تساوي النفس فما سلك بها مسلك الاموال ولا
يعظم لا مر اللسان لعظم النفوس فلذلك لم يجب فيها ما لم يعلم سلامته يقينا ما يجب في الذي
علم سلامته يقينا ما له خطر من القصاص والدية واما الجنين فهو نفس من وجه
فاعتبرنا جهة النفس اذا انفصل حيا وهو يسيل عليه تام الخلق واذا انفصل ميتا اعتبرنا
جهة العضو فيستدل عليه بان ناقص الخلق فكان الظاهر هنا بمنزلة القتيل الموجود في المحلة وبه
اثر الجراحة على مقتول بسبب هذا الظاهر فيجب القسامة والدية واذا كان على انه ما كان حتف

يشهد

لا بسبب الجراحة واما الاعضاء فلما كان فيها شبهة المالية لم تجب الدية التي لها خطر الا عند
التيقن واذا وجد القتيل في دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته اي على عاقلة السائق سواء
كان السائق مالكا للدابة او غير مالك وكذا اذا كان قائدها او راكبها لانه المختص بتدبير الدابة
وما يحمل عليها الا ترى انها لو اوطأت انسانا كان ذلك على الذي معه بالسوق او غيره وكذلك
اذا وجد قتيلا عليها فان لم يكن مع الدابة احد فهو على اهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على
الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة وقد روي عن ابي يوسف
رحمه الله في غير رواية الاصول انه كان يفصل الجواب في الدابة تفصيلا ويقول ان هذا
اذا كان السائق يسوق الدابة مستخفيا مختفيا سرا لان الظاهر انه هو القاتل اذا كان
يسوقها على هذا الوجه واما اذا كان يسوقها غير مختف بها باديا فلا شيء عليه لان الانسان
قد يحمل اباه او ابنه او احدا من اقاربه ميتا وينقله الى بلد ليدفنه فيه وظاهر حاله من
السوق يدل عليه فلا يجعله قاتلا **فان قلت** ما الفرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله بين سائق الدابة وقائدها او راكبها وبين الدار فانه اذا وجد القتيل في الدار تجب
القسامة والدية على مالك الدار لا على الساكن الذي في يده الدار عند ابي حنيفة رضي
الله عنه ومحمد وهاهنا تجب القسامة على الذي في يده الدابة من السائق وغيره والدية
على عاقلته لا على مالك الدابة **قلت** له جوابان احدهما بطريق المنع فنقول لا نسلم
ان الدية هنا لا تجب على مالك الدابة فان من مشايخنا من قال هذا الجواب الذي ذكر
في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد والسائق
واما اذا كان القائد مالك معروف فانه تجب على مالك الدابة وهو انه متى لم يكن للدابة
مالك معروف فالمالك من حيث الظاهر الذي في يده الدابة انه لو ادعى على ان الدابة
دابته كان القول قوله فاذا كان ذو اليد مالكا من حيث الظاهر فالقسامة والدية
تجب عليه لظاهر ملكه فاذا اراد ان يحوله الى غيره لا يصدق كما في الدار اذا اقر الذي في يده
الدار ان الدار لغيره ولم يكن المقر له مالكا معروفا للدار لا يصدق ذو اليد فاما اذا كان
مالك الدار معروفا فانه تجب القسامة والدية على مالك الدار فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق
بين الدابة والدار والثاني بطريق التسليم وهو ايضا مما قاله بعض مشايخنا فقالوا سواء
كان للدابة مالك معروف او لم يكن فان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية
على عاقلته وظاهر اطلاق الجواب في الكتاب يدل على هذا فيحتاج الى الفرق بين هذا وبين
الدار على ما ذكرت والفرق هو ان المعتبر في هذا الباب للتصرف والراي والتدبير في
التصرف والراي والتدبير في الدار يكون للمالك لانه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك لانه
وان اجرها فالمرية يكون على المالك فيكون القسامة عليه واما في الدابة فالتصرف والراي
والتدبير الى من في يده الدابة لان زوال يد صاحب الدابة عن الدابة يثبت بالاجارة كذلك
بالانفلات فيكون القسامة على الذي في يده الدابة كذا هذا كله من المبسوط والذخيرة اي
قتيل وجد بين قريتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر ان يمسح بينهما فوجد الى
الى احدى القريتين اقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية كذا في المبسوط وادعه وارحب
قبيلتان من همدان وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه فصار صاحب الدار مع
اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فلما لم يدخل اهل المصر مع اهل المحلة كذا لا يدخل اهل
المحلة مع صاحب الدار في القسامة كذا في شرح الاقطع ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك
يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد رحمه الله وانما ذكر قولهما
بهذا الطريق ولم يقل عند ابي حنيفة ومحمد ليظهر عدم اصالة محمد في هذا القول كما قاله ابو حنيفة
فانه لا يعد كذا في الاسرار بعدما ذكر الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف هذا الاختلاف فقال
وقول محمد مضطرب وهاهنا مع ابي حنيفة لكن مع نوع اشارة الى انه ليس هو باصل في هذا القول
بما ذكره قال وهو قول في بعض الروايات وقال ابو يوسف رحمه الله هو عليهم وهذا قوله الاخر

وكان

وكان قوله الاول كقولهما ثم رجع الى هذا القول وهو قول ابن ابي ليلى لان سكنى الملاك الزم
وقرارهم ادوم لان السكان ينتقلون في كل وقت من محلة الى محلة دون اصحاب الملك دون
السكان وهو الشفعة وكذلك ما يكون من الغرم شرعا للخطة المكان المختط للبناء
وغير ذلك من العمارات وغيرهم وقوله يجب للخطة يراد به ما خطه الامام حين فتح البلدة وقسمها
بين الغانمين وكذلك قوله في الكتاب وهو على اهل الخطة دون المشتري وهي على اصحاب
الاملاك القديمة الذين كانوا ملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين لتمييز
انصبائهم وهو على اهل المحلة اي على الذكور وهو وجوب القسامة والدية على عواقلهم.
وقال ابو يوسف رحمه الله الكل مشتركون وهو قول ابن ابي ليلى والولاية اي ولاية
الملك باعتبار الخطة وبما يجب باعتبار الملك لا يجب باختلاف اسباب الملك كاستحقاق
الشفعة ولهما انه صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة الا ترى ان المحلة تنسب
الى صاحب الخطة دون المشتريين **فان قلت** ما الفرق لهما بين المحلة والدار
وفي الدار لو كان مشتركا وصاحب خطة ووجد القتيل فيها فهما مستويان في القسامة
والدية ولا فرق بينهما بالاجماع وفي حق المحلة فرق بينهما حيث اوجب القسامة على اهل
الخطة دون المشتريين مع ان كل واحد من اهل الخطة والمشتريين لو انفرد كان القسامة
عليه والدية على عاقلته وبينما لم يفترقا في حق الدار كيف افترقا في حق المحلة **قلت**
ما لا الفرق بينهما العرف فان في العرف ان المشتريين قلما يزاحمون اصحاب الخطة
في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة بما اشتهر من
الدار واجارتها واعارتها هما مستويان فلذلك في القيام بحفظ الدار وقيل ابو حنيفة
رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة اي شاهد من عادة اهل الكوفة في زمانه
وهو ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم
المشترون في ذلك لما شاهد اراد به قوله ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة
وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل لان الولاية انتقلت اليهم اي عند ابي حنيفة رحمه
الله ومحمد لان الولاية على قولهما لصاحب الخطة ولم يكن للمشتريين وحين صارت
لهم كانت الولاية منتقلة اليهم لو حصلت لهم على مذهب ابي يوسف لما ان الولاية
عنده كانت لصاحب الحفظ وللمشتريين فالان حصلت للمشتري من لم يزل من يزاحمهم فلذلك
قوله لزوال من يتقدمهم اي على قولهما او يزاحمهم اي على قول ابي يوسف رحمه الله واذا
وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وذكر في الذخيرة القتيل اذا وجد في دار رجل
فالدية على عاقلة صاحب الدار باتفاق الروايات والقسامة على صاحب الدار في رواية
وفي رواية اخرى القسامة على صاحب الدار وحكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يوفق
بين الروايتين فقال الرواية التي توجب القصاص على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان
قومه غيبا والرواية التي توجب القسامة على قومه محمولة على ما اذا كان قومه
حضورا ولكن ذكر في فتاوى العتابي رحمه الله كما ذكر في الكتاب ومن اشترى دارا
فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الى اخره وهذه مسائل الجامع الصغير وحاصلها هذا
الاختلاف الى ان ابا حنيفة اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك وهذا الاختلاف مبني على
ما اجمعوا عليه ان وجوب الضمان عند وجود القتيل متعلق بولاية الحفظ لانه ضمان
ترك الحفظ عند ذلك قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ولاية الحفظ تستفاد بالملك فتعين
الملك وابو حنيفة رحمه الله يقول حقيقة القدرة تثبت باليد الا ان المالك سبب
اليد فاذا كان الملك لاحدهما واليد للاخر كان اعتبار اليد اولى والولاية تستفاد بالملك
وهذا لان وجوب الدية في هذا ضمان ترك الحفظ فيجب على مالك الدار لانه مؤنة الملك
فلهذا كانت الدية على صاحب الدار دون المودع والمستعير والغاصب والمرتهن حيث
امتنع وجوب الدية على هؤلاء في الملك للمشتري والغاصب والمرتهن حيث امتنع وجوب الدية

مطلب

[redacted]

قبل القبض في البيع البات وكان الضمان الصادر من ذلك الملك كان عليه **فان قلت**
ما الفرق لما بين هذا وبين ما اذا جنى العبد قبل القبض في البيع البات يخير المشتري عندهما
بسبب قتيل وجد في دار اشتراها ولم يقبض بعد حيث لا يخير المشتري بين رد المبيع وامضائه
قلت الفرق بينهما هو ان الدار لم تصر مستحقة بوجود القتيل فيها بل ضمان الجناية
يجب على عاقلة المشتري حتى يكون الاستحقاق بمنزلة العيب بخلاف العبد فانه اذا جنى جناية
في يد البائع انما يخير المشتري لان العبد يصير مستحقا بالجناية والاستحقاق من افحش العيوب
وقد حدث ذلك في يد البائع فيخير المشتري كما لو وجد العيب في يد البائع ولنا ان العاقلة على
الحفظ باليد لا بالملك لما ان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وضمان ترك الحفظ انما يجب على من
كان قادرا على الحفظ والقادر على الحفظ هو الذي له يد اصالة لا يد نيابة وعن هذا وقع الفرق
بين هذا وبين المودع وامثاله لما ان يدهم يد نيابة ويد الغاصب يد امانة ههنا لان العقار
لا يضمن بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف ويد المرتهن قالوا لا ترى انه فيه **فان قلت**
ما الفرق لابي حنيفة رضي الله عنه بين وجوب الضمان هنا وبين وجوب صدقة الفطر
وفي صدقة الفطر اتفقوا على الاعتبار للملك **قلت** قال ابو حنيفة رضي الله عنه ان
صدقة الفطر ايضا انما وجبت على المالك لا على الضامن فانها لا تجب على الضامن بحال
الا ترى ان صدقة الفطر للمغصوب تجب على المالك لا على الغاصب واما ضمان الجناية كما تجب
على المالك كذا تجب على الضامن بل عند اجتماعهما يكون قرار الضمان على الضامن في ضمان الجناية
حتى ان العبد المغصوب او المرهون اذا جنى جناية في يد الغاصب او المرتهن واختار المولى
الدفع او الفداء يكون عليه قرار ذلك الضمان هذا كله من الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه
الله وللامام قاضي خان ومن كان في بيت دار وجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى اشهد
الشهود ايضا للذي في بيته بيد به اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وفي الواهي
والبيعة في يديك فالقول قوله لان دية القتيل الموجود في الدار تجب على عاقلة رب الدار
باعتبار ملك الدار والملك بحكم اليد ثابت من حيث الظاهر وذلك حجة لدفع الاستحقاق
لا لاستحقاق اقامة البينة على الملك لهذا المعنى كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه الله لانها في ايديهم
كان المركوب في يد الراكب فكذلك السفينة تكون في يد من فيها واللفظ اي لفظ مؤكد على من فيها
من الركاب والملاحين يشمل اربابها اي يشمل ملاكها وغير ملاكها وهذا على ما روي عن ابي يوسف
ظاهرا اراد به ما ذكره في قوله ظاهرا ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند
ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا فمعتبر فيها اليد دون الملك كما
في الدابة يعني ان المعتبر في القتيل الموجود على الدابة هو اليد دون الملك فانها تنقل وتحول
فكذلك في القتيل الموجود في السفينة كان الاعتبار لليد دون الملك ومن في اليد عليها سواء
كذا في المبسوط وذكر شيخ الاسلام رحمه الله قال بعض المشايخ انما يجب على الركاب اذا لم يكن للسفينة
مالك معروف واما اذا كان لها مالك معروف فان القسامة تجب على مالك السفينة ومنهم
من يقول يجب على الحاملين على السفينة في ايديهم ومثل هذا التفصيل من اختلاف المشايخ
مذكور في الدابة وقد ذكرناه وان وجد في المسجد الجامع والشارع الاعظم الى وان وجد
القتيل في الطريق الاعظم وفي المغرب الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة
من قولهم شرع الطريق اذا تبين وذكره في الوجيز بعد ما ذكر المسجد الجامع ومسجد جماعة يكون
في سوق هو لعامة المسلمين لان التدبير في مثل هذا المسجد للامام الذي هو نائب عن عامة
المسلمين لا الى اهل السوق فلا قسامة فيه لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذلك
لا يتحقق في حق جماعة المسلمين كذا في المبسوط وعند ابي يوسف رحمه الله تجب على السكان ملاكا او
غير ملاك على ما مر والمراد اذا لم يكن نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فهي
محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي
اذا كان من يسكنها في الليل او كان احد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه

ان وجد في المسجد الجامع والشارع الاعظم

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

اصله

له

له قاتلا غير فلان هذا الذي ذكره محمد واما قول ابي يوسف رحمه الله فلا يذكر العلم وهذا
الاستحقاق بينا اذا وجد القتيل في المحلة وشهد اثنان من اهل المحلة على ان فلانا قتله
لم تقبل شهادتهما فلما لم تقبل شهادته كيف يكون اليمين عليها في القسامة اذا اختارهما
الولي فالمستحلف وذلك كيف يحلف هكذا ذكر صورته في المبسوط والذخيرة اما في الذخيرة
بعد ذكره لا الى آخر ... الاسلام اذا وجد قتيل في محلة وزعم اهل المحلة ان رجلا منهم قتله
ولم يدع الولي القتل على واحد منهم بعينه كان عليهم القسامة والدية فان ادعى على واحد
منهم بعينه او على غيره كيف يحلفون قال ابو يوسف رحمه الله يحلفون بالله ما قتلناه ولا
علمنا له قاتلا لان فائدة التحليف على العلم ان لم تعرفوا ان ما علمنا له قاتلا
فيصير ذلك سببا لوجوب القصاص على القاتل وهذا غير فوائد ذلك يعني فلا حاجة الى التحليف
وعلى قول محمد رحمه الله يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا غير فلان لجواز انهم عرفوا
له قاتلا آخر غير فلان وانما عينوا فلانا لئلا يسقطوا عن انفسهم اليمين في حق غيرهم ويحلفون
على العلم لان الاستحقاق على العلم في حق فلان لا يفيد اما في حق غيره فقد رجا ان يقروا
لغيره وذكر في المغني والفتوى على قول محمد وذكر في المبسوط وان اقام الولي شاهدين
من غير اهل المحلة على ذلك الرجل فقد ثبت عليه القتل بالحجة فيقضي عليه بموجبه وان
اقام شاهدين من اهل المحلة بذلك عليه لم تقبل شهادتهما لان اهل المحلة خصما في هذه
الحادثة فانه ثبت القسامة والدية عليهم فكانوا متهمين في هذه الشهادة فكانوا بمعنى
شاهدين لانفسهم واذا لم تقبل شهادتهما قال ابو يوسف ان اختارهما الولي في جملة من
يحلفهم بالله ما قتلنا قط لانهما زعما انهما يعلمان القاتل فلا معنى لاستحلافهما على العلم
فانهما يستحلفان على البتات ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا سوى فلان لان ما هو المقصود يحصل
بهذا الاستثناء فلا يجوز اسقاط اليمين مع العلم في حقهما كما لا يجوز في حق غيرهما كالوصي
اذا خرج من الوصاية اي بلغ الغلام او عزله القاضي قال رضي الله عنه على الاصلين
هذين اي على الاصلين المجمع عليهما احدهما ان من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من ان يكون
خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني ان كانت
للرجل عرضية ان يكون خصما ثم بطلت هذه العرضية تشهد تقبل شهادته بالاجماع ثم
فيما لنا هذه وهو فيما اذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم بعد دعوى
الولي القتل على ذلك الرجل شهدا بانه قتل قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا تقبل هذه
شهادة من انتصب خصما فلا تقبل شهادتهما وجعل ابو يوسف ومحمد شهادتهما هذه شهادة
رجل له عرضية لم يصر خصما فتقبل شهادتهما وذلك انهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي
عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية ثم تبين انهم لم يكونوا خصما في هذه اصلا
فوجب قبول شهادتهم فيها كالشفيع اذا شهد بالبيع بعدما سلم الشفعة تقبل شهادته
لهذا المعنى وابو حنيفة رضي الله عنه يقول اهل المحلة صاروا خصما في هذه الحادثة بوجود
القتيل بين اظهرهم ومن صار خصما في حادثة لم تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة
كالوكيل اذا اخرج من خصومته في مجلس الحكم ثم عزل فشهد وانما قلنا ذلك لان السبب الموجب
للدية والقسامة عليهم وجود القتيل بين اظهرهم كما قال رضي الله عنه وانما غرمكم
الدية لوجود القتيل بين اظهركم وبدعوى الولي على غير اهل المحلة لم يتبين ان هذا السبب
لم يكن ولكن خرجوا من الخصومة بعد ان كانوا خصما الى هذا اشار في المبسوط والاسرار والا بيضاح
وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل على الاصل الاول اعني به قولهما قوله وان
كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من ان يكون خصما لم تقبل شهادته ومسألة الوكيل
اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل فشهد لم تقبل وكذلك الوصي عن اليتيم خصم في حقوقه
وان لم يخاصم بعد فانه قائم مقام اليتيم شرعا في حقوقه ثم لو بلغ اليتيم فشهد الوصي لم
تقبل واما على الاصل الثاني فمسائل الكتاب للرجل عرضية لم يصر خصما الى آخر مسألة الشفيعين

اذا اشهدا على المشتري وهما يطلبان الشفعة لانهما صارا خصمين بالشراء بل صار ذلك لعرض ذلك
بان يطلبا وكذلك الوارثان اذا شهدا بالدين على الميت وثمة وارث ثالث ولم يطلبا لان
الميراث سلمت شهادتهما لان الوارث مع الدين لا يصير خصما في نفس الديون فان الدين مقدم عليه
ولكن بعرض او يصير خصما بالطلب قبله القضاء من موضع احرفا وان لم يطلب لم يمكن خصما
وكذلك الوكيلان بالخصومة اذا عزلا قبل الخصومة ثم شهدا بذلك قبلت شهادتهما لان الوكيل
بالخصومة انما يصير خصما بمكان القضاء لانه لا يصح في غيره فصارت الوكالة موقتة بالمكان
فلا تثبت كالموقت بالزمان كذا في الاسرار رضي الله عنه فيما قاله ابو حنيفة اظهر وما قالاه
احوط لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه اي في مسألة وان ادعى الولي على واحد من المحلة
في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل واحد منهم لانه
يأتي ابدا الامر ومن جرح في قبيلة اي لم يعلم الجارح لانه لو علم الجارح فلا قسامة بل الدية
الدية على الجارح وعاقلته وان كان خطأ والقصاص او كان عمدا فان كان صاحب فراش
اي لو كان المجروح صاحب فراش جرح في تلك القبيلة واما قيد به لانه لو كان صحيحا يجيء ويذهب
حين جرح ثم مات في اهله فلا شيء فيه كذا في المبسوط لا ضمان عليه وهو قول ابن ابي ليلى
هذا الخلاف فيما اذا صار صاحب فراش حين جرح واما اذا كان صحيحا بحيث يجيء ويذهب
فلا شيء فيه وعلى قول ابي يوسف وابن ابي ليلى لا شيء عليهم في الوجهين لان القسامة والدية
في القتيل الموجود في المحلة والجريح غير القتيل وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا
وجب القصاص **فان قلت** فعلى هذا ينبغي ان لا يفترق الحكم بين ان يكون صاحب فراش وقت
الجراح او لم يكن صاحب فراش ولكن سرى الى النفس بعد ايام فانه يجب فيه القصاص حتى يحيل
الموت على تلك الجراحة فكان ينبغي ان يجب القسامة والدية هاهنا ايضا وان كان صحيحا
وقت الجرح بعد ما كان موته بتلك الجراحة **قلت** لما كان من امر القسامة والدية
امر اثبت بالنص بخلاف القياس على ما ذكرنا فيه ما ورد فيه النص بقدر الامكان والنص
ورد في قتيل وجد في محلة ولا يعلم قاتله فقلنا هاهنا ايضا ان لم يكن قتيلا وقت الجرح
وجب ان يكون في حكم القتيل شرعا وهو فيما اذا صار صاحب فراش لان تصرفاته في مثل هذه
الحالة غير نافذة الا في الثلث فكان له حكم الميت فيما اذا كان صاحب فراش فلذلك قيد به
وذكر في المبسوط في وجه قولنا انه اذا كان صاحب فراش فهو مريض والمريض اذا اتصل
به الموت فانه يجعل كالميت من اول سببه الا ترى انه في حكم التصرفات جعلت هذه الحالة
كالحال بعد موته فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل كانه مات حين جرح في ذلك الموضع
فاما اذا كان صحيحا يجيء ويذهب فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فلذلك في حكم
القسامة والدية وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسألة القتيل وهو الذي ذكر
قبيل هذا بقوله من جرح في قبيلة والدليل على صحة هذه الحوالة صريح ما ذكره في الايضاح
في هذه المسألة بقوله ولو ان رجلا معه جرح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما
او يومين ثم مات لم يضمن في قول ابي يوسف وفي قياس ابي حنيفة يضمن ثم قال وهذا
بناء على مسألة وجوده جريحا في بيت لوجوده جريحا في المحلة وقد مر الوجه من قبل وكذلك
في المبسوط بعد ما ذكر مسألة القتيلة قال ولو كان على هذا الجريح اذا وجد على ظهر انسان يحمله الى
بيته فمات بعد يوم او يومين فان كان صاحب فراش فهو على الذي يحمله كما لو مات على ظهره
وان كان يذهب ويجيء فلا شيء عليه من حمله وفي قول ابن ابي ليلى لا شيء عليه ولو وجد في دار نفسه
فديته على عاقلة ورثته لا له لانه ميت والميت ليس من اهل الملك واما قال الدية على
عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحد فان كان في موضع يختلف
العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان يكون على عاقلة
الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان عينه لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون
عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط فيجعل كانه قتل نفسه وهذا

لانه

لانه لو وجد ميتا قتيلا في هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله في حكم الدية فاذا وجد هو
قتيلا فيه جعل كانه باشر قتل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا فمثل ذلك ان فيتقلل
ظهر القتيل فيجب على عاقلتهم اي على عاقلة الورثة **فان قيل** اذا قلتم ان الدية تجب
قلنا على عاقلة الورثة فكيف تستحقهم ان يستقلوا عنهم ان الدية تجب للمقتول حتى يقضي منه
ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي او المعتوه اذا قتل اباه
تجب الدية على عاقلته ويكون ميراثا له وهذا بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه
لان هناك اذا لو صار قتيلا انما هو كالقاتل له لانه لم يملكه في الدار حين وجد
القتيل كانه اوجد قتيلا في المحلة اي كان يتوهم قتل نفسه [illegible] فقط هنا له ولكن اعتنا لا
المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة فانا قد بينا له في هذه
المسألة لان المرأة لا تدخل في العواقل في تحملة الدية في غير هذه من الصور على ما يجيء في المعاقل
بقوله ولا يعقل مع العاقلة شيء من الدية ولفظ ما قال في الكتاب واذا وجد القتيل في دار امرأة
في مصر ليس فيه من عشيرتها احد قال اي الامام يكرر على المرأة حتى يحلف خمسين يمينا ثم يفرض
الدية على اقرب القبائل منها وعلى قول ابي حنيفة وهو قول محمد رضي الله عنهما الى اخره ثم
قال وهو اختيار الطحاوي ومشايخنا في القتل انها لا تعاقل لانه يقول اذا كان القاتل من حمله
العاقلة فعليه جزء من الدية وان لم يكن حمله اذا كان القاتل غيره فلا شيء عليه من الدية
والمرأة لا تدخل في جملة العاقلة اذا كان القاتل غيرها وعند بعض اصحابنا من يقول
هي لا تدخل في جملة العاقلة لان النصرة لا تقوم بها واما اذا كانت هي المباشرة للقتل فعليها
جزء من الدية لان القاتل اصل في العاقلة باعتبار مباشرته فانه لما وجب على غير المباشر
لا جله فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها فلذلك هاهنا وجب جزء على المالكة باعتبار ان
المقتول في ملكها والله في هذا الرجل والمرأة سواء والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب المعاقل

بسم الله الرحمن الرحيم لما كان موجب الخطأ وما في معناه الدية وقد ذكر في الكتاب انها تكون
من بعد منها وبمعرفة احكامها وذكرها في هذا الكتاب بمعنى المعاقل لغة وشرعا فلا بد منها
به المعاقل جمع معقلة بضم القاف كقوله وكل ذلك مبتدأ وقوله على العاقلة خبر وكل
دية وجبت بنفس القتل اي ابتداء قوله ابتداء احترازا عما يجب الدية على القاتل في القتل
العمد بسبب الصلح او بسبب الابوة فهي في مال القاتل لا على العاقلة وقد ذكرناه اي الدية
بتأويل العقل في حديث حمل بن مالك حمل هاهنا اسم رجل الصحابية وهو ما روي في حديثه
ان النبي عليه الصلاة والسلام قال للاولياء الضاربة قوموا فدوه فقال اخوها عمرو بن عويمر
الاسلمي اندي من لا صاح ولا استهل ولا اكل ولا شرب ومثل دمه يطل فقال النبي صلى الله عليه
وسلم اسجع كسجع الكهان بضم الكاف وتشديد الهاء جمع الكاهن وقال دعني وارجوز الاعراب
قوموا فدوه وذلك الذي يقول سبيه الخ وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى فيلته فقال
احف به اي اهلكه واسقطها حيلة لانه انما يضاد حالة الدين النسب والنوفق ذلك اي
وذلك القرى والديوان الجريدة من دون الكتب او الجمع لانه قطع من القراطيس مجموعة
ويروى ان عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين اي رتب الجرايد للولاة والقضاة
ويقال فلان من اهل الديوان اي من اثبت اسمه في الجريدة العطاء اسم لما يعطى من الخيرات
اعطيه وما عطيات وفي شرح القدوري انك تلك الدية في اعطياتهم ثلاث سنين فانه يكون
من اهل عطاء وكانت لهم اذ العقل تعطلت الدية في اعطياتهم في ذلك والفرق بينهما ان العطية
للمقاتلة والرزق ما يعطى للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة كذا في المغرب ولئن يمسح
بل هو تقدير معنى وهذا جواب عن قوله ولا نسخ بعده وذكر في المبسوط على وجه السؤال والجواب
فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام

وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يودي كاحدهم اعلم ان القاتل اما يكون كاحد
العواقل في اداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من اهل العطاء في الديوان اما اذا لم
يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية توخذ من الاعطيات
وهو كذا منصوص في المبسوط ويجي بعد هذا لحالا اليه عليهم ولو كان الخاطي معذورا فالبري
عنه اولى ولان الوجوب عليهم باعتبار النصرة ولا شك انه ينصر نفسه كما ينصر غيره بل اشد
منه وعلى هذا لو كان صبيا او امراة ذكرها في قاضي خان اذا قتلت امراة رجلا خطا حتى
وجبت الدية على عاقلتها فهل يجب عليها شيء من تلك الدية فاختلف المشايخ فيه والصحيح ان
القاتل يشارك العاقلة سوا كان القاتل صبيا او امراة او مجنونا وكذلك ابو القاتل
وابنه من جملة العواقل والزوج لا يكون عاقلة المراة وكذلك المراة لا يكون عاقلة الزوج
كذا في المغني ثم قوله هاهنا لا يجب على المراة شيء من الدية ولو كانت القاتلة خلاف تلك
المسالة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما وجد القتيل في دار امراة حيث ادخلها المتاخرون
هناك وتحملوا الدية مع العاقلة والعرض لما من العطاء للمعونة هذا جوابه اشكال وهو
ان يقال وقد فرض الامام نسا الغزاة ودرايهم من العطاء والعطاء انما يدفع بسبب
اهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة يكونون عواقل غيرهم فكذلك النسا فاجاب
عنه بهذا وقال انما يدفع العطا للنسا والصبيان في الديوان لا باعتبار المعونة لا باعتبار
النصرة اي باعتبار معونة الامام الصبي والمراة لا باعتبار نصرتهما غيرهما والحاصل ان
الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب
السكنى وغيره هذا قال في المبسوط ولان اخوين لاب وام ديوان احدهما بالكوفة وديوان
الاخر بالبصرة ولم يعقل احدهما عن صاحبه وانما يعقل عن كل واحد منهما اهل ديوانه
وقوله وغيره وهو العهد والحلف واهل البادية اقرب الى اي قرابه وقيل هو صحيح وقوله
هو راجع الى قوله ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقوله بيان لقوله
اهل الديوان اي اهل الدين هم من اهل النصر وقيل تاويله اذا كان قربا لهم اي اذا كان
قرابة لهم فصار نظير مسالة العبد المنقطعة في السرقة والقذف والقصاص ووجوب
الدية وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين هذا الذي ذكره
في حق الذمي فاما اذا لم يكن للمسلم عاقلة فالدية في بيت المال وهو محمول على المسلم
لملائمة فض الروايتان مع اني وجدت صريحا هذا الوجه في الذخيرة فيها وان كان
اهل الدية لا يدينون التعاقل فيما بينهم فانه يجب الدية في مال الجاني ولا يجب في بيت
المال ثم قال وفرق بين الذمي والمسلم فان الجاني اذا كان مسلما ولا عاقلة له يعقله
في بيت المال في ظاهر الرواية ولا يجب في مال الجاني والفرق ان العقل انما يجب على
غير الجاني باعتبار النصرة ومتى لم يكن للمسلمين ديوان ولا قرابة بان كان لقيطا فجماعة
المسلمين من اهل نصرته فامكننا ايجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة
بخلاف الذمي فان جماعة المسلمين ليسوا باهل نصرته والولاية بينهما وبينهم منقطعة
فتعذر ايجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة فوجب في ماله وتمكنه من هذا القتيل
ليس بنصرتهم اي ليس بسبب نصرة اهل الاسلام اياه ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن
كافر لعدم التناصر لان العقل يبنى على الموالاة والتناصر وذلك ينعدم عند اختلاف الملة
قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقال والذين امنوا ولم يهاجروا ما لكم
من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا فلما قطع الموالاة بين من هاجر وبين من لم يهاجر حتى كانت الحجة
فرضة كان ذلك دليل انقطاع الموالاة بين الكفار والمسلمين والميراث والنفقة يوضيه
ما ذكرنا كذا في المبسوط وقول القاتل يوخذ من عطايه بالنصرة وان كان بعد القضا في الكوفة
بخلاف ما اذا قلت المعاقل بعد القضا عليهم بان مات بعضهم وقوله بخلاف ما قلت متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضا اي لا يعضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضا

[illegible]

وادخل

[illegible]

بديته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا اقلت العاقلة حتى يضم اقرب القبايل في النسب
وان كان بعد القضاء ثم ان فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبايل هاهنا
عنه بقوله لان في اقرب القبايل اليهم تقريرا للحكم الاول لا ابطالا له لكن بمعنى ذلك اي الاصل
من مال العطاء بان يشتري الابل من مال العطاء ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية
والدليل في ابقا الاجمال ما دون نصف العشر ان القصاص لا يجب في عمد ولا يعقد ارشه فصار
كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع فما دونه اي فما دون ارش الموضحة وما دونه حكومة عدل
ولا يعقل العاقلة جناية العبد هذا من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل اي يجني العبد على الحر
واما لو جنى الحر على العبد فقتله خطا كان على عاقلته لانه بدل النفس وهذا اللفظ يجي بعد هذا
في الكتاب والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة شيا الا ان الاقرار يجب الدية في ثلاث سنين
وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا كذا في فتاوى قاضي
خان رحمه الله ثم ذكر بعد هذا انها رجل ادعى عند القاضي انه قتل فلانا خطا فاقام ولي القتيل
ايضا بينة ان المدعى عليه قتله وهو المقر يقبل هذه البينة لان البينة تثبت ما ليس بثابت باقرار
المدعى عليه ويتايد بهذا ما قاله شيخ الاسلام ان البينة على القتل عند حضرة الجاني لانه هو القاتل
والعاقلة يتحملون عنه وحضرة الكفيل لا تشترط لوجوب المال على الاصيل اذا قامت البينة
على الاصيل فانه حمل القاتل هنا خصما من اقرار ولم يبد كحضرة العاقلة فلان يكون خصما حالة
الانكار اولى ودلت المسئلة على ان الدية تجب اولا على القاتل ثم تنقضي في العاقلة بطريق
التحمل لان الدية لو وجبت ابتدا على العاقلة كان اقرار القاتل اقرارا على العاقلة فقضي عليه بالدية
في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى لانا ثبت بالاعتراف لا يتحمله العاقلة لقوله عليه الصلوة
والسلام ولا اعترافا وهذا لان اقراره في حقه محمول على الصدق وفي حق عاقلته محمول على الكذب
لكونه متهما في حقهم ثم موجب الجناية في الاصل على الجاني لم يتحمله العاقلة عند التخفيف عليه
فاذا لم يثبت في حق العاقلة بقي الواجب عليه باعتبار الاصل والتاجيل فيه من وقت القضاء
لا الاقرار ان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون اقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين
الدية انما تجب بقضاء القاضي فهاهنا اولى كما في المبسوط ولم يكن عليه شي في ماله اي لم يكن
على المقر ايضا شي من الدية يعني كما تجب على العاقلة لما ان تصادقهما ليس بحجة عليهم لذلك لا تجب
على المقر القاتل ايضا لعدم وجوب الدية على العاقلة بتصادقهما واحد المتصادقين ولي القتيل
من زعمه ان الدية انما وجبت على العاقلة لا على المقر واقراره حجة على نفسه بخلاف الاول اراد به
قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لا يفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر
وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة
فيجب في مال المقر وذكر في المبسوط في شرح قوله ولم يكن عليه اي على المقر شي في ماله فقال
لانهما تصادقا على ان الواجب بقضاء القاضي على العاقلة وبعد ما تقررت على العاقلة لا شي عليه
وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة وهو قضاء القاضي
لم يوجد اصلا فيقضى بها في مال المقر الا ان يكون له عطايا في الديوان فيقدر حصته من ذلك
لانه في مقدار حصته مقر على نفسه وفي حصة عواقله مقر عليهم فيواخذ بما اقر به على نفسه وهذا
بين ان القاتل انما يكون له عطايا في الديوان فيقدر حصته من ذلك انما يكون احد العواقل عندنا
اذا كان له عطا في الديوان فاما اذا لم يكن له فليس عليه من الدية شي لان الدية توخذ من الاعطيات
فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه ثم يتحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا اقر على الماله
يجوز بمنع عاذ الدين الى ذمة المحل **قلنا** هذا يستقيم اذا كان اصله دينا لدفع المؤنة عن مال المسلمين
وهذا اصله لم يكن دينا انما كان بطريق الصيانة لصيانة دم المقتول عن الهدر بعد ما تقرر على العاقلة
بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سوا استوفي من العاقلة او لم يستوف كذا في المبسوط قال اصحابنا
ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال وقد ذكرنا قبل هذا الاطلاق محمول على ما اذا كان القاتل
مسلما لا عاقلة له فالدية في ماله لا في بيت المال لكن انما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وفي فتاوى قاضي خان

[illegible]

كتاب الوصايا

[illegible]

وذكر في الايضاح الوصية ما اوجبها الموصي في ماله بعد موته او في مرضه الذي مات فيه واما
ما اوجبه بعد الموت فمعتبر من الثلث سوا كان الايجاب في حالة المرض او في حالة الصحة
لان الايجاب يضاف الى ما بعد الموت فمعتبر حال وجوده ولا يعتبر حال الاضافة واما التبرع فيعتبر
حالة العقد فيه بان كان صحيحا جاز في جميع المال وان كان مريضا جاز من الثلث لانه لم يتصف
الحالة مستقبلة واما اوجبه للحال فمعتبر حالة الايجاب وكل مرض صح منه فهو حال الصحة ثم
اوجبه من جميع المال واما سببها فارادة ما ذكرناه من المحاسن والدين في الدنيا والاخرة وكان
سببها غير سبب ما ذكرنا والتطوعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات
العالية في العقبى واما شرائطها فكثيرة منها كون الموصي به بعد موت الموصي شيا قابلا للتمليك
من الغير بعقد من العقود كحيوة الموصي سوا كان الموصي موجودا في الحال او معدوما ولهذا
قلنا بان الوصية بما يثمر نخيله العام او ابدا تجوز وان كان الموصي به معدوما لانه يقبل التمليك
من غير حال حيوة الموصي بعقد من العقود وهو عقد المعاملة فلذلك جازت وصيته به
وقلنا بان وصيته بما يلد اغنامه لا تجوز استحسانا لانه لا يقبل التمليك حال حيوة الموصي بعقد
من العقود ومنها كون الموصي اهل للتبرع حتى لا يصح من الصبي والعبد والمكاتب في حق المولى ومنها
عدم الدين لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين ومنها التقدير بثلث التركة انها لا تصح فيما
زاد على الثلث ومنها ان يكون الموصى له اجنبيا حتى ان الوصية لوارث لا تجوز الا باجازة
الورثة ومنها ان لا يكون الموصى له قاتلا ولو اجازت الورثة هل تجوز وصيته بعد هذا ومنها
ان يكون الموصى له موجودا حيا وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا
حاضر الوصية يصح والا فلا وانما يعرف حياته في ذلك الوضع اذا ولد قبل ستة اشهر حيا
واما ركنها فقوله اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما
حكم الوصية في حكم الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كالهبة وفي حق الموصي حكما اقامة الموصى
له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث واما صفتها فما هو المذكور في الكتاب بقوله الوصية
غير واجبة وهي مستحبة واما بيان الالفاظ المستعملة فيها فقد روى ابن سماعة في نوادره عن
محمد رحمه الله اذا قال الرجل اشهدوا اني قد اوصيت لفلان بالف درهم واوصيت ان لفلان
في مالي الف درهم فالالف الاولى وصية والاخرى اقرار وفي الاصل اذا قال في وصيته سدس
داري لفلان فاني اجيز ذلك يكون وصية ولو قال لفلان سدس في داري فانه يكون اقرارا
والفرق ان في الفصل الاول جعل لفلان سدس داره جميعها مضافا اليه اذا كان فصلك
انشاء التمليك وفي الفصل الثاني جعل داره نفسه ظرفا للسدس الذي سماه لفلان وانما
يكون ذلك ظرفا لذلك السدس مرادا كان ذلك السدس مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون اقرارا
به اما لو كان انشاء لا يكون ظرفا لان الدار كلها له فلا يكون البعض ظرفا للبعض وعلى هذا
اذا قال لفلان الف درهم في مالي كان وصية استحسانا اذا كان في ذكر وصية واذا قال
في مالي كان اقرارا وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله اذا كتب الرجل وصية بيده ثم
قال اشهدوا علي بما في هذا الكتاب لم يجز ولو قال المريض بالفارسية صد درم ازين عسر ليت
قال الشيخ الامام محمد بن الفضل رحمه الله هي باطلة لان هذا يكون للاغنياء والفقراء جميعا ولو
قال صد درم ازين وان لعب كانت الوصية جائزة لان هذا اللفظ يراد به القرابة هذا كله
من الصحة والرجوع وغيرهما الوصية غير واجبة وهي مستحبة واما ذكر قوله وهي مستحبة
بعد قوله غير واجبة لان الاستحباب لا يستفاد من قوله غير واجبة كالمباحات وقوله غير واجبة
ينفي قول بعض الناس حيث قالوا الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا لا يرثون فرض وعند
بعضهم الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار واستدلوا بظاهر قوله كتب عليكم
اذا حضر احدكم الموت الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا يكون فرضا وقال عليه
الصلوة والسلام لا يحل لرجل يومن بالله واليوم الاخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت
ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند راسه وتمسكنا في ذلك ان الوصية مشروعة لنا لا علينا قال عليه

[illegible]

قوله

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

حتى لم يصح

وهو معنى قوله رحمه الله لكن الاستحسان ...

الصلوة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم تضعونه
حيث شئتم والمشروع لنا ما لا يكون فرضا ولا واجبا عليه بل يكون مندوبا عليه بمنزلة العبادات
ثم التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع في حالة الحياة وذلك احسان مندوب اليه فكذلك التبرع
بالوصية بعد الموت واما الاية فقد اتفق اهل التفسير على ان ذلك كان في الابتداء قبل نزول
اية المواريث ثم انتسخ وتكلموا في ناسخه وكان ابو بكر الرازي يقول انما انتسخ بقوله من بعد
وصية يوصي بها او دين فانه نص على المواريث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين
والاقربين ثابتة بعد نزول هذه الاية لذكر الارث بعد الوصية المعرفة لان تلك وصية
معهودة واكثر مشايخنا يقولون انما انتسخ هذا الحكم بقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى اعطى
لكل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به فكان
كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم واما الحديث الذي روي فهو شاذ فيما يعم به
البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول على ما كان في الابتداء قبل نزول اية المواريث
او المراد ان ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والاخذ بمكارم الاخلاق لقوله صلى الله عليه وسلم
لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره طاو الى جنبه والمراد ما بينا
كذا في المبسوط واستدل في الكافي على وجوب الوصية بوجه آخر بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا
شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية فقال اذا حضر ظرف للشهادة وحين الوصية
بدل منه وفي ابداله منه دليل على وجوب الوصية وانها من الامور اللازمة التي شرعت الشهادة
فيها المسلمون ويذهل عنها يعني ان حضر الموت من الكائنة التي لا محالة لدفعه فيثبت بالاحتياط
ثم قلنا بحق الوصية لذلك لارتفع التكليف فنقل الوصف الذي هو كامل على الوجوه وهو
الوجوب كان موجب الامر الاعجاب لانه داع الى الوجود وقوله ومثله في الاجارة اي
عقد اضافة الى زمان في المستقبل وهذا شبه شرعيتها واذا كان الناس بها في حوائجهم
كما في الاجارة ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث سعد بن ابي
وقاص رضي الله عنه ذكر في المبسوط سعد بن مالك وكان سعد بن ابي وقاص رضي الله عنهما
فقال الدليل على ان محل الوصية النافذة شرعا ثلث المال ما رواه من حديث سعد بن مالك
انه قال يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه قال والثلث
كثير انك ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم فقراء يتكففون الناس وفي رواية يتكففون
فان قيل هذا الحديث دليل على ان الغني افضل من الفقير اي الغني الشاكر افضل من الفقير
الصابر فان النبي عليه الصلوة والسلام قدم صفة الغنى لورثة سعد فقال انك ان تدع عالة
اغنياء خير قلنا صفة الغنى لم واختار الفقر لنفسه صلى الله عليه وسلم والافضل ما
اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في هذا الحديث انما قدم الغني على الفقير الذي
يسأل كما قال من ان تدعهم فقراء يتكففون الناس اي يلحفون في السؤال ونحن انما نقدم الفقير
الصابر دون الذي يسأل كما قال من ان تدعهم فقراء يتكففون الناس اي يلحفون في السؤال ونحن
انما نقدم الفقير الصابر دون الذي يسأل كما وصفهم بقوله يحسبهم الجاهل اغنياء من التعفف
تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس الحافا فعلم ان الفقر مع الصبر اسلم للمرء واصلح للمؤمن قال
صلى الله عليه وسلم الفقر ازين للمؤمن من العذار الجيد على خد الفرس واما الغنى سبب الطغيان
والفتنة قال الله تعالى كلا ان الانسان ليطغى ان رآه استغنى كذا في المبسوط الا ان الشرع
لم يظهر اي استغناءه واظهر اي اسقطه في القليل اي الكثير تحرزا عما يتفق من الايثار
اي تحرزا عن ما يوجد من تاذي البعض وقطيعة الرحم بحسب اتفاق الحال بسبب ايثار البعض
على البعض وهو قوله بعد نفاذه صحيحة ولانه تتأذى بالتنفير بايثار البعض وقد جاء في الحديث
الحيف بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو
الميل ومنه قوله تعالى فمن خاف من موص جنفا وكان لهم ان يردوه بعد وفاته فيمل كان للورثة
ان يردوا اما اجازة حال حياة الموصي من الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي بخلاف

ما

وهو موجود في الارث ايضا لان بطلان الارث للوارث القاتل لدفع المغايظة عن سائر الورثة
فلما استوى الارث والوصية في هذا المعنى جاز قياس احدهما على الآخر ولان القاتل انما يحرم
الميراث بان القتل يعتبر حصل في حق القاتل غير موت لان الموت اسم لما ينتهي اليه مدة الحياة
ولهذا اذا حقق على احد ضمان يلزمه الضمان في القتل يعتبر حصل كانه لا موت واذا انعدم
الموت في حقه لم يرث الوارث القاتل ولا يستحق الموصى له القاتل الوصية لان المال في الارث
والوصية لا يستحق بدون الموت وفي هذا ايضا لا يتفاوتان واما ما ذكر من التعليل في الكتاب
بقوله ولانه لو استعجل ما اخر الله تعالى فيحمل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه عن الوصية
لانه ذكر شيخ الاسلام رحمه الله انما يعتبر كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفساده
يوم الموت لا يوم الوصية **فان قلت** يشكل هذا في المدبر فانه اذا قتل سيده يعتق مع ان
التدبير وصية ولا وصية لقاتل فينبغي ان لا يستحق الموصى به وهو العتق لانه قاتل عملا
بعموم الحديث لا وصية لقاتل **قلت** انما يعتق المدبر لان الموت حصل بشرط عتقه ومن
حيث انه شرط عتق لا ينعدم بالقتل لان القتل يعتبر يجوز ان يكون شرط عتق وكذلك سائر
المعاصي ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه يتعذر رد العتق فيكون الرد بايجاب السعاية
هذا كله مما اشار اليه في المبسوط والاسرار لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث
وهنا الشبه غير صحيح في تعليل وفي لما لا يعلل مذهبهما اتمام بذلك لان الفرق بين الوصية
والميراث لا بالسبب فيحتمل انه جمع بينهما بطريق الشبه من حيث اتحاد النفع العائد اليهم عند
بطلانهما لا غير ولم يجمع بينهما في ان الوصية لو اجازتها الاجازة تصح وفي الميراث لا تصح وانما
افترقا من هذا الوجه لان اجازة العقد ورده انما يعمل فيما كان من جهة العقد والوصية تمليك
من جهة العقد فجاز ان يعمل الاجازة فيه وكذلك الميراث لان الميراث من جهة الشرع لا صنع
للعبد فيه فلا يعمل فيه اجازة العبد لذلك **فان قلت** القاتل محارب حقيقة مع الميت
حتى قتله ولا يجوز الوصية للمحارب حكما كما لو اوصى لحربي لم يجز الوصية وان اجازت الورثة
لكونه محاربا حكما فلان لا يجوز الاجازة هنا اولى لانه محارب حقيقة وهذا لان الحرمان كان بطريق
العقوبة حقا للشرع حتى ان القاتل لو كان صبيا لم يحرم شيئا فلم يعتبر ذلك بوجود الرضى من
الورثة **قلت** ان الوصية الى الوارث اقرب الى الجواز عند الاجازة من الوصية للوارث
لان العلماء اختلفوا في جواز الوصية للقاتل فان عند مالك رحمه الله يجوز سواء قدم الوصية
عن الجرح او اخر الوصية عنه بعد باجازة الورثة بعدم الوصية للوارث فلذلك للقاتل
خلاف ميراث القاتل فان ثبوت الملك بالميراث بطريق الحكم بغير اختيار العبد حتى لا يتوقف
على القبول ولا يرتد بالرد والاجازة انما تعمل فيما يعتمد القبول والرد بخلاف الوصية للحربي
لان بطلانها لانعدام الاهلية في جانب الموصى له لان الحربي كالميت في حق اهل الاسلام والميت
لا يكون اهلا للوصية له ولا تاثير للاجازة في اثبات الاهلية ليس باهل واما قوله ان حرمانه
كان بطريق العقوبة قلنا لا نسلم ان ذلك بطريق العقوبة عليه الا ترى انه استوى فيه
الخاطئ والعامد وان كان الخاطئ لا يستحق العقوبة انما حرمانه دفعا للغيظ عن
الورثة حتى لا يشاركهم في مال ابيهم من سعى الى قتل ابيهم وهذا ينعدم باجازة الورثة واما
الورثة فهو معذور من الغيظ لقصور عقله فلا يغيظ فعله الورثة مثل غيظ البالغ اي ابيهم
فلذلك لم يثبت في حق ما ثبت في حق البالغين من الحرمان هذا مما اشار اليه في المبسوط والذخيرة
وحاصل الوصايا ينقسم على اربعة اوجه منها لا يجوز اجازة الورثة او لم يجز وهو الوصية
لاجنبي بثلث ماله او بكل ماله ولا وارث ومنها لا يجوز وان اجازت الورثة وهي الوصية
للحربي بخلاف المستأمن والذمي حيث يجوز ومنها الوصية استحسانا ومنها لا يجوز الا باجازة
الورثة والاملاء وهي ما اوصى باكثر من ثلث ماله لاجنبي او لواحد من الورثة فانه لا يجوز الا
باجازة الورثة ومنهم من اصحابنا يقولون ومنها ما يكون مختلفا فيه وهي الوصية للقاتل
فان اجازت الورثة عندهما يجوز وعند ابي يوسف لا يجوز وان اجازت الورثة ذكره في الخلاصة

لعله
يجوز

لعله
يجوز

[illegible]

[illegible]

وتعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت حتى لو اوصى لاجنبي ولا ابن له ثم ولد له ابن تصح
وصيته لاجنبي بخلاف ما اوصى لاجنبي وله ابن ثم مات ابنه تبطل الوصية وذكر في شاوي
قاضي خان رحمه الله ولو اوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم
بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كان له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ للام
وبطل الوصية للاخ للاب والام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت
الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطل الوصية للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه واقرار
المريض للوارث الحي على عكسه اي على عكس الوصية فانه يعتبر في الاقرار وقت
الاقرار لا وقت الموت هذا الذي ذكره ليس يجري على اطلاقه فان من اقرار المريض
للوارث انما لا يعتبر وقت الموت في كونه وارثا بسبب حادث واما كان كونه وارثا
بسبب كان وقت الاقرار يعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا كما في الوصية في حق منع صحة
الاقرار بيان ذلك هو ان مريضا لو اقر لابنه بدين والابن عبد ثم اعتق ثم مات
الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من
المريض في المعنى للمولى والمولى اجنبي منه فصار العبد من ورثته لا يبطل ذلك الاقرار
بخلاف من ورث بسبب قائم وقت الموت الاقرار وهو لا يعد اجنبيه وله ابن ثم مات
الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره له عندنا وقال زفر اقراره صحيح لان
الاقرار يوجب الحق بنفسه فانما ينظر الى حالة الاقرار وقد حصل لمن ليس بوارث
فلا يبطل بصيرورته وارثا بعد ذلك كما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها وهذا فارق الهبة
والوصية لانه مضاف الى ما بعد الموت حقيقة او حكما الا ترى انه لو وهب لاجنبية
ثم تزوجها ثم مات لم يصح الهبة وينظر فيه الى وقت الموت لا الى وقت الهبة بخلاف
الاقرار ولنا انه وارث بسبب كان قائما وقت الاقرار فتبين انه اقرار حصل لوارثه
وذلك باطل وهذا لان الحكم مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائما وقت الاقرار
ثبتت صفة الوراثة للمقر له من ذلك الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها
صارت وارثة بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق سببه فلا يتبين ان الاقرار
حين حصل كان للوارث فاما الهبة والوصية مضافا الى ما بعد الموت فاذا صار
من ورثته بسبب حادث كان المانع قائما وقت لزومه فلهذا لا يصح واستوى في حق
الهبة والوصية السبب الحادث بعد الاقرار والسبب القائم وقت الاقرار في المنع
عن جواز الاقرار وكذا ذكر في باب الاقرار في باب اقرار المريض من اقرار المبسوط
والذي يؤيد ما ذكرنا في لفظ الكتاب واقرار المريض للوارث على عكسه ان يعتبر
في الاقرار وقت الاقرار لا وقت الموت المراد منه ما اذا تجدد كونه وارثا وقت الموت
بسبب حادث بعد الاقرار لا بسبب قائم وقت الاقرار بما ذكر من وصايا المبسوط
هذا التفصيل وقال ولو اوصى له بشيء وهو وارث يوم اوصى ثم صار غير وارث
او كان غير وارث يوم اوصى ثم صار وارثا ومات الموصي انما ينظر الى يوم موت الموصي
وان كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية وان لم يكن حادث لان الوصية عقد
مضاف الى ما بعد الموت وانما يتحقق الوجوب له عند الموت الى ان قال والفرق
بين هذا وبين الاقرار ان هناك ان صار وارثا بسبب حدث بعد الاقرار كان الاقرار
صحيحا وان ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار وروي هذا الاستثنا
فيما رويناه وهو قوله الا ان يجيزه الورثة هو وقد يروى للوارث ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم
لو كان الامتناع لحقهم كان ينبغي ان يجوز فيما دون الثلث اجازوا او لم يجيزوا كما في الوصية
للاجنبي لانه لا حق لهم في الثلث على ما مر قلت معنى قوله لان الامتناع لحقهم ان الامتناع
لحقهم اي قلنا ان الامتناع لمراعاة حقهم لئلا يتأذوا بايثار البعض على البعض فاذا رضوا
انعدم التأذي فيجوز ولان جواز الوصية في اصله مخالف للقياس لان الوصية تمليك مضاف

يتعذر باجازة باقي الورثة كذا في الايضاح ومنى للورثة اي لورثة الموصى لان لفلان
ولا لورثته كذا في الايضاح والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوصية بالثلث

لما كان اقصى ما يدور عليه مسايل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك
المسايل التي تتعلق في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب والمحل بمثل الشركة
وهذا احتراز عن ما قال الموصى العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا
لعدم احتمال الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر على ما مر بمثل هذا الباب
بينهم لصاحبه اي لصاحبه الاول وقال لو ضرب في ماله منهما ابن حنبل وعلى ذا قوله
في المختصر ابو حنيفة رحمه الله لا يضرب الموصى له فيما زاد على الثلث على حذف المفعول كانه
قيل لا يعمل له شيا فيه ولا يعطيه كذا في المغرب والدراهم المرسلة اي المطلقة وهي ما
كان وصية لبني لعبير عينه ولم تنسب الى شي من المال من صورة المحاباة وهو ان يكون له عبدان
قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع واحد منهما لفلان بمائة
والاخر لفلان اخر بمائة فهاهنا قد حصلت المحاباة بالف لاحدهما وللاخر بخمسمائة وذلك
كله وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له مال غير هذين العبدين ولم يجز الورثة جازت
المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالف بحسب وصية ويضرب بالف
والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا لساير الوصايا على قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف باكثر من خمسمائة وصورة السعاية وهو
ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف والاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة
يعتقان جميعا وان لم تجز يعتقان من الثلث وثلث ماله الالف فالالف بينهما على قدر
وصيتهما ثلث الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث قيمته الف ويسعى في
الباقي وصورة الدراهم المرسلة من ان يوصي لرجل بالف وللاخر بالفين وثلث ماله الف
درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية
في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث والا لذلك فيما اذا
اوصى له بثلثي ماله وللاخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو
كثر او خرج له مال يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث كذا في شرح الطحاوي رحمه الله
كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع اي بطل المحاباة ببطلان البيع ويصح بصحته واذا اوصى بنصيب
ابنه فالوصية باطلة هذا اذا كان الابن موجودا وكذا اذا اوصى بنصيب ابنته وهي موجودة
لان نصيب ابنه او ابنته ثبت بنص الكتاب فلما اوصى بنصيب ابنه لرجل اخر فقد اراد تغيير ما فرض
الله تعالى فلا يصح اما لو اوصى بنصيب ابن او ابنة وليس له ابن ولا ابنة فانه يصح الوصية
لانه ليس فيه تغيير ما فرض الله تعالى في كتابه وان اوصى بمثل نصيب ابنه او ابنته جاز سواء
كان له ابن او ابنة او لم يكن له ولو كان له ابن وهو اوصى بمثل نصيب ابنه صار موصيا له
بنصف المال لان مثل الابن كالابن ولو كان له ابنان فانه يكون المال بينهما نصفين فلذلك
هاهنا ان اجاز الابن او لم يجز الابن فللموصى له الثلث ولو كان له ابنان فانه يكون له ثلث المال
ولا يحتاج الى الاجازة هذا كله من شرح الطحاوي وقوله لان نصيبه ما يصيبه بعد الموت
فصار كما لو اوصى بمال زيد فنظر اي دفن رحمه الله الى الحال اي الى الحالة التي هي حي فيها بعد
والكل ماله فيتصرف في ماله كيف يشا فجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير
ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس عليه
ولا يزاد عليه وهذه العبارة وعبارة من قال ولو اوصى بسهم من ماله فله السدس لما انه
اذا كان الموصى له بالمبهم بحيث لا يزاد على السدس ولا ينقص عنه كان سدسا لا محالة ثم
اعلم ان في نسخ شروح الجامع الصغير والمبسوط لم يذكر قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له
السدس بل لفظ الجامع ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة ولا يزاد على السدس الا

دالابرادم

الثلث ا

فمثل الاستحقاق فانه اذا استحق واحد من الثلاثة تعين الباقي لتنفيذ الوصية وكذلك
اذا هلك واحد منهم ... لك الجواب في ثلاثة ... وكذلك كما ... ولد المكتب
اذا اوصى بثلث ثلاثة اثواب من صنف واحد واما في العبيد لا الاثواب التي ليست من جنس
واحد لو كانت الوصية بثلث ثلاثة اعبد من هولاء فهلك عبدان لم يكن له الا الثلث الباقي
[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

فان قلت

[illegible]

قلت

[illegible]

ان يحرم الوارث وكذا في غيره وهو عين هذا الحق بهذا الحق الموضع الامام جلال الدين بن المصنف
رحمه الله وقوله وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس وقال له مثل نصيب
احد الورثة اي له اقل الانصباء من انصباء الورثة ايضا لكن ذلك الاقل لو زاد على السدس
يزاد عندهما ولكن لا يزاد على الثلث واما قلنا ان عندهما له اقل الانصباء مدلا له تعليلهما
وكان الامام قاضيخان رحمه الله صرح بهذا وقال قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله له احسن
سهام الورثة الا ان يكون ذلك اكثر من الثلث ولا يزاد على الثلث وصورة هذه المسالة اذا
اوصت المراة لسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا يعطى له السدس في قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وعندهما يعطى له الربع **قوله** رحمه الله فان اياس هو اياس بن معاوية
من قضاة القاضي بالبصرة كذا خط شيخي رحمه الله والدليل على ان السهم هو السدس ان لفظه
مما يتناول بينهم من يكون من جملة ورثته باعتبار الاصل لا باعتبار سبب عارض وذلك
العرابة دون الزوجية فيما يكون عارضا من مزاحمة بما هو الاصل كالمعدوم والسهام من يستحق
بالعرابة السدس او الثلث او النصف فاما الربع او الثمن فانما يستحقان بالزوجية فيتناول
اللفظ اذني ما يستحق من السهام من العرابة وهو السدس حتى لا يزاد على ذلك ولكن ينقص
عنه اذا كان في سهام ورثته اقل من ذلك لانه انما يوجب له مثل سهم احد ورثته فلا يستحق الا
المتيقن به وهو الاقل وهذا الماذكر السهم دون الثلث عرفنا انه ما اراد الثلث ولا النصف
لانه ليس له ان يوصي بالنصف فتعين السدس مراد ابو حنيفة ان اعدل الاعداد في خروج سهام
الفرائض ستة فانها تشتمل على ما يستحق من السهام بالعرابة الاصلية والثلث والنصف والثلثين
فكذا اصار ما هو مراد المكونه اعدل في المبسوط والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول كما
عرف **فان قلت** يشكل على هذين الاصلين
ان النكرة متى اعيدت نكرة كان الثاني غير الاول لما عرف
قوله تعالى انا انزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب فالمراد من الاول
القرآن ومن الثاني الكتاب المنزل قبل ذلك كالتورية وغيرها وكذلك قوله تعالى خلقكم
من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة فالمراد من الضعفين على كل الاول والثاني حالة الطفولية
والصغر اي خلقكم على صفة ضعف في الاول وهي حالة الصغر والطفولية ثم جعل من ذلك
الضعف قوة اي حالة الشباب وبلوغ الاشد وكانت الاولى ناقضة للاصل الاول والثانية
للثاني **قلت** نعم كذلك وهو الذي ذهب اليه الامام المدقق فخر الاسلام رحمه الله الا ان يقول وفيه
نظر الا ان الاعم والاغلب هو استمرار ما ذكر في الاصلين الا ترى ان من اقر بمائة درهم مضافة
الى الصك ثم اشهد على ذلك شاهدين ثم اقر بمائة مضافة الى ذلك الصك واشهد شاهدين اخرين
ان الصك لو كان واحدا يكون اقرارا بمال واحد سواء كان ذلك في موطن او موطنين واما اذا اقر بمائة
درهم بدلك بدون الصك واشهد شاهدين ثم اقر بمائة في موضع اخر ثم اقل والكثر واشهد
شاهدين قال ابو حنيفة رحمه الله يلزمه مالان ولم يجعل الثاني هنا غير الاول بخلاف ما لو اقر
بمائة مضافة الى الصك حيث جعل الثاني غير الاول وما جاء الفرق بينهما الا باعتبار ان المائة في
المسالة الاولى كررت وهي معرفة وفي الثانية كررت وهي نكرة واما الاثنان فانما كان المراد
منها على ما ذكرت باعتبار محل الكلام حيث لا التباس لاحد في ان الكلام الكتاب الثاني غير الاول
ولا يليق ان يكون المصدق والمصدق وصاحب السدس وما عنه واحدا وهو موضوع من ملك ذلك
في الاية الثانية المراد بيان كمال قدرة الله تعالى على تحويل الادمي من حال الى حال ثم من تلك الحال
الى حال اخرى ولا التباس لاحد في ان المراد من تلك الحالة الى الحالة الاولى وقد ذكرت من
وكانت الاشارة واقعة عليها وقلنا ان في الجنس الواحد يمكن جميع حق احدهم في الواحد الى اخر
وبيان هذا فيما ذكر الامام جلال الدين المحبوبي رحمه الله على وجه يقع الفرق بين هذه المسالة
وبين مسالة الدراهم ومسالة الاثواب فقال ولنا ان الوصية يجب تنفيذها ما امكن لانه
عند صدورها من اهله مضافة الى المحل عن ولاية وصار كالبيع فان محل الوباع فقيرا من صبرة
فهلكت الصبرة الا قفيزا تعين هذا القفيز للبيع حتى يجبر على تسليمه الى المشتري والدليل عليه

حملة شايعا والوارث انما يرث مال المورث يوم الموت لا ما كان موجودا قبل الموت
ولم يبق الى يوم الموت ولو قال اوصيت لك بثلث غنمي او شاة من غنمي وليس في ملكه
غنم لا يصح الوصية ولو كان في ملكه غنم تتعلق الوصية بها حتى لو هلك ذلك الاغنام
تبطل الوصية حتى لو وجدت للموصي اغنام بعد ذلك قبل ان يموت لا يكون للموصى له من
الاغنام الحادثة شي وهذه وصية بشي غير معين والموصى به شايع في بعض ماله لا في
جميع ماله لان الموصى به بثلث غنمه وانما كان كذلك لانه اوصى له بشاة شايعة في
غنمه لا في شاة شايعة في جميع المال فاجعل الموصى له بمنزلة احد الورثة لان حق الوارث
لا يثبت في مال خاص من مال مورثه بل جعله بمنزلة الموهوب له لان حق الموهوب له يثبت
شايعا في مال خاص متعلق بالمال الموجود يوم الوصية كما يتعلق الهبة بالمال الموجود
وقت الهبة واذا تعلقت بذلك المال تبطل بهلاكه ضرورة ولهذا لو قال اوصيت
لك بهذه الشاة ونحو الشاة ليست في ملكه لا يصح الوصية ولو كانت في ملكه يتعلق الوصية
بها حتى تبطل بهلاكها والمعنى ما ذكرنا انه جعله بمنزلة الموهوب له ولو قال اوصيت
لك بشاة من مالي فانه لا تتعلق الوصية بالشاة التي تكون له في ماله يوم الموت لانه
لما اوصى له بشاة شايعة في جميع ماله فقد جعله بمنزلة احد الورثة على ما ذكرنا والوارث
انما يرث ماله يوم الموت لا ما كان موجودا قبل الموت بخلاف ما لو قال اوصيت لك بشاة
من غنمي لانه لم يجعل بمنزلة الوارث لما اوصى له بشاة شايعة في غنمه لا في جميع ماله ثم
لما صحت الوصية بشاة من ماله وانصرفت الوصية الى شاة تكون في ماله يوم الموت اذا مات
الموصي بعد ذلك وترك مالا ان كان في ماله شاة فالورثة بالخيار ان شاؤا دفعوا الشاة
اليه وان شاؤا دفعوا قيمة الشاة لان تقدير الوصية كانه قال اوصيت لك بقدر شاة من
مالي لان الشاة لا توجد في جميع ماله وانما الذي يوجد في ماله قدر الشاة فعلمنا انه اراد به
قدر الشاة لانه لا يوجد في جميع الابل عين الشاة وانما يوجد قدرها ثم لو نص على قدر الشاة
في الوصية كان الوارث بالخيار بين اعطاء عين الشاة وبين اعطاء قيمتها كما في الزكوة فكذلك
هاهنا ذكر في المبسوط واذا اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل
فالوصية باطلة وكذلك العروض كلها لانه حصر الايجاب في جنس من ماله وليس لهذا التخصيص
فائدة سوى ان يكون المستحق بعض ذلك الجنس في ملكه اذ يحصل له شي لا بعد اوان الحل الذي اوجب
الوصية فيه وقوله ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة واما اذا قال
شاة من غنمي فهلك اغنامه واشترى اغناما اخرى بعد فيفيد الوصية له في شاة منها لانه
اسند الايجاب على اضافة الغنم اليه لا على محل عين فيعتبر وجود الاضافة عند موته كما في
ثلث مالي وعلى هذا يخرج كثير من المسايل فيتبنى تلك المسايل فاذكر في المبسوط هو له قفيز
حنطة من مالي او ثوب من مالي فانه يصح الايجاب ولم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال
من حنطتي او من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موته فلا شي للموصى
له والفرق ما ذكرناه ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده الى ان قال واصله ان الوصية
لامهات الاولاد جايز لانه اوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن احرار بعد الموت فتجوز
الوصية لهن كما لو اوصى لمدبر بنفسه او مكاتب بنفسه بخلاف الامة لام الولد والاقرار لها
بالدين حيث يبطل من المولى لانها باقية على ملكه وكسبها له بمنزلة كسب القن **قال ولد**
انه حاجة لهذين الامامين الى هذا التعليل في ام الولد في انه تعتق بعد موت المولى وكانت
الوصية واقعة للحر مع ان الوصية بثلث ماله لعبد بنفسه جايز بدون هذا التكلف ذكر
في باب الوصية في العتق من وصايا المبسوط والعبد يعتق بموت المولى **قلت** المعنى
الموجود فيهما مختلف ففي العبد انما جازت له بثلث المال باعتبار ان الوصية تتناول ثلث
رقبته ولا خلاف لاحد في جواز اعتاق ثلث رقبته انما الخلاف انه يتجزى في الاعتاق ام لا يتجزى
وهو معروف واما ام الولد فانها غير محتاجة الى عتقها بسبب الوصية لها بثلث المال بل تعتق

[illegible]

اذا كان

حمله

هو بموت المولى وان لم تكن الوصية لها بثلث المال فكانت الوصية لها بثلث المال انا نعم من
مال غير رقبتها بمنزلة الوصية لها بثلث المال عبارة عن تمليك مال مضاف الى ما بعد الموت
فلا بد ان يكون اهلا للتمليك والاهلية انما تثبت بالحرية فلا بد من التعليل بذلك واما
الوصية لعبده بثلث ماله فعبارة عن اعتاق ثلث عبده فلا يحتاج الى هذا التعليل وعن
هذا قال في الذخيرة عن جواز الوصية لام ولده القياس والاستحسان الا في حق العبد فقال
واذا اوصى لعبده بثلث ماله في صحته او في مرضه ثم مات فانه يصح الوصية لها من الثلث
وهو استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لام الولد لان الولد عليك مضاف الى ما
بعد الموت فانما يستحق هي الوصية متى جازت لها الوصية بعد موت مولاها حال حلول العتق
بها فما بعد حلولها هي امة فلا يستحق الوصية ومن امة والوصية للامة باطلة اي بني بعد الا
انا جوزناها استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها فلذلك
حالة الموصى لان الظاهر من حال الموصي ان يقصد بالايصاء وصية صحيحة لا باطلة والوصية
انما تصح ان لو كانت مضافة الى ما بعد عتقها **فان قلت** اذا اوصى لامهات اولاده
وله امهات اولاد عتقن بموته فالوصية للائي عتقن وصية كذا ذكر المسألة في الفصل
الثاني من وصايا الذخيرة والقياس يقتضي ان ينعكس الحكم لان الوصية بالمال للحرة للعبد
من ابن وقع هذا الفرق **قلت** قلنا انما وقع الفرق من قبل ام الولد اذا عتقت في حال
الحياة صارت مولاة لام ولد الاخرى انه لم يبق فيها معنى امومية الولد فهو استحقاق العتق
بموت المولى فانصرفت الوصية الى امهات الاولاد وقت الموت لانه يوجد ها هنا من هو اولى
منهن ومن امهات اولاده على الحقيقة **فان قلت** فهل يصح الوصية لعبده بالمال مطلقا
ام لا **قلت** الوصية لا تخلو من اربعة اوجه اما ان اوصى لعبده بدراهم مسماة او بشيء من ماله
معين نحو عروض ودابة او ما اشبه ذلك فانه يجوز واما ان اوصى بشيء من رقبته نحو الثلث
والربع فانه يصح الفرق بينهما هو ما ذكرنا هو ان الوصية له بثلث رقبته بمنزلة اعتاقه ثلث
رقبته والعبد اهل لان يملك رقبته فيعتق فتصح الوصية له بالرقبة كما تصح لغيره واما
هو فليس من اهل ما لا يملك ما لا احد سوى رقبته مثل العتق فلا تصح الوصية له بمال
اخر نعم لما صحت الوصية له بشيء من رقبته نصفه او ثلثه او نحو عتق المسمى من رقبته وسعى
في الفضل على قول ابي حنيفة رضي الله عنه سواء كان الفضل على المسمى يخرج من ثلث ماله
او لا يخرج لان الاعتاق عنده يتجزى لان الوصية له بنصف رقبته وقول المولى له اعتقت
نصفك سواء هناك يعتق المسمى لا غير عنده فكذا هنا وعندهما يعتق الكل من غير سعاية
اذا كان يخرج من الثلث كذا هنا واما ان اوصى له بثلث ماله فقد ذكرنا انه جائز لان ذلك
في المعنى بمنزلة وصيته بثلث رقبته باعتبار انه عبارة عن اعتاق ثلث رقبته فيجوز هنالك
كذا هنا واما اذا اوصى لعبده بمائة درهم او الفين مرسلة من غير اشارة الى رقبته او الى
دراهم مسماة فلا رواية في هذا من اصحابنا وكان يحتمل ان يحمل ذلك بمنزلة الوصية بالثلث
هذا كله من الذخيرة والفقرا والمساكين جنسان بدليل العطف في قوله تعالى انما
الصدقات للفقرا والمساكين والعطف يقتضي المغايرة وفي الامالي عن ابي يوسف ما خالف
هذا فقال ان من اوصى بثلث ماله لفلان وللفقرا والمساكين فعلى قول ابي حنيفة
رحمه الله يقسم الثلث على ثلاثة اسهم سهم للفقرا وسهم لفلان وسهم للمساكين وقال
ابو يوسف فاما انا فاجعل ثلث ماله على سهمين اسهم لفلان وسهم للفقرا والمساكين واجعل
الفقرا والمساكين اسما واحدا من حيث المعنى كذا يجدان المذكور لفظ الجمع وادناه
في الميراث اثنان وانما يتبين قوله في الميراث اخوة اراد به مثل الذكر فان لفظ الجمع هنالك
ينصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية
في معنى الميراث من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان لفظ الجمع مصروفا هناك ايضا الى
الاثنين بخلاف ذلك في القران وهو قوله وان كان له اخوة فلامه السدس والمراد من الاخوة

الاثنان

الاثنان فصاعدا [illegible]

[illegible]

قوله [illegible]

[illegible]

هذه هبة من صاحب المال والهبة لا تتم بدون التسليم وان دفع بعد الهبة والا فلا بخلاف ما
اذا اوصى بالزيادة على الثلث فاجازت الورثة يعني بعد موت الموصي ثم ارادوا ان يمنعوا من التسليم
لا يكون لهم ذلك لان الوصية هاهنا صادفت محلها وهو ملك الموصي الا ان للوارث حق الابطال
بما زاد على الثلث فكانت اجازته اسقاطا لحقه والاسقاط يتم بنفسه فيسلم المال للموصى له
من جهة الميت اما في مسئلتنا الوصية صادفت مالا للغير فتوقفت على الاجازة وعند الاجازة
تصير هبة من صاحب المال فلا يتم قبل التسليم كذا في شرح الجامع الصغير ثم اقر احدهما لرجل ان
الاب اوصى له بثلث ماله يعني ان الوارث الاخر غايب او حاضر وانكر بخلاف ما اذا اقر احدهما
بدين لغيره اي اقر بالدين ثم جميع نصيبه اذا كان الدين مستغرقا نصيبه فلا يخرج عنها
بالانفصال كما في البيع يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد
الحادث قبل القبض واذا سرى الوصية الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتعذر الكل
من الام ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث ويعتبر الوصية في جميع الام فيكمل الولادة
فلا يعتبر زيادة المال بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل الا ترى
ان وجود التبع لا يؤثر في الاصل فان كل الاصل مبيع كما كان سوى ان يقبض جرح عن ان يكون
مقابلا له لضرورة ان ذلك البعض من الثمن يقابله الولد ولا يصير ذلك لان الثمن يجري مجرى
التبع فصار منزلة حط بعض الثمن وذلك لا يقدح من ان يكون المبيع مبيعا بجملته كما كان فاما
عند مزاحمة الولد يخرج بعض الاصل عن الوصية فلا يجوز ان يكون الثمن بالقسمة من الاصل
وقوله الا انه لا يقابله اي لا يقابل بعض من الاصل لان ذلك البعض صار مقابلا بالولد
اذا اتصل به القبض وقيد باتصال القبض بالولد لمقابلة لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون
ان لو كان مقبوضا بالاصل والا فلا والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر الحكم الكلي للوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق
في الاحكام المتغيرة من وصف الى وصف كان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة
بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل يتقدم على العارض جاز الاقرار وبطلت الوصية وهذا بناء
على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية
والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا لان الاقرار تمليك للحال حتى كان المقر
له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا كذا في المغني ولكن قد ذكرنا قبل
هذا مفهوم لامر المبسوط ان صار الوارث وارثا بسبب حدث بعد الاقرار كان الاقرار صحيحا
وان ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار وقال زفر رحمه الله اقراره باطل لان اقرار المريض
بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ولنا ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه اي من غير ان يتوقف الى
شرط زايد كالموت في باب الوصية ولا يبطل الدين حكم اي الاقرار لا يبطل الا ان الثاني يوجد عنه
اي يتقدم حكم الاقرار في حال المرض لامراة اجنبية يعني ثم تزوجها ثم مات وهي امرأته لانه اي لان
الوصية تمليك ايضا ايجاب عند الموت وهو وارثه عند ذلك وذكر الامام التمرتاشي لا يجوز اقرار
المريض لوارثه بدين او عين الا اقراره لامرأته بالاصل بالمهر الا ان يقر باكثر من مهر مثلها
فان قيل لو اقر لوارث يجوز وكذا اذا اقر لوارث اذا اقر لوارث انما يجوز لانه
اوجب له مشاركة مع الورثة في الميراث لجاز كما لو كانت تحته زوجة فتزوج باخرى في المرض لانه
اوجب له مشاركة في الميراث كذا هاهنا ولو ارادت المريضة هبة مهرها من زوجها فالوجه
فيه ان تقر بمهرها لاجنبي ثم يتبرع الاجنبي على زوجها وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب
الارض وهو السبق قايمة وقت الاقرار الى قوله بخلاف ما تقدم قال الامام التمرتاشي وان اقر
وهو غير وارث ثم وارثا يوم مات ان كان ذلك بقرابة بطل اقراره كان اقر لاخيه النصراني
ثم اسلم النصراني بطل الاقرار لانه اقر وسبب التهمة قايم وهو القرابة وان صار وارثا بولاء او
زوجية بان اقر لاجنبية ثم تزوجها او والاها ثم مات لم يبطل اقراره كانه اقر وليس بينهما سبب

[illegible]

لقولنا في الوصية وكذا ان يمنع اي وصاحب المال ان يمنع ما اجازه عن الدفع وانما كان بعقد الاجازة لانه

هذه

نيه فلا تبطل باقرار بحدوث سبب بعده وهذا بخلاف ما اذا اوصى لاجنبية ثم تزوجها
ثم مات تبطل كله لان الوصية تمليك وقت الموت وكذلك لو كان الابن عبدا او مكاتبا
فاعتق اي لا تصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له ثم
ثم اعتق قبل الموت لم يذكره هاهنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن له عليه اي على
العبد دين يصح فلجت الشي فلجين اي شققته نصفين ومنه المفلوج لانه ذهاب النصف
عن ابن دريد وقد فلج الرجل فهو مفلوج والسلل فساد في اليد يقال سلت يمين لسل بالكسر
والمسلول الذي سلت انثياه اي نزعت خصيتاه كذا في المغرب لانه اذا انقادم العهد
صار طبعا من طباعه لان المعنى بحكم التصرف مرض الموت ومرض الموت ما يكون سببا للموت
غالبا وانما يكون سببا للموت اذا كان بحال يزداد حالا لا الى ان يكون اخره الموت فاما
اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت كالعمى ونحو وانما
يكون في حكم المرض في اول ما اصابه ذلك اذا صار صاحب فراش وصاحب السلل والدق
قيل ان يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض لان الانسان قل ما يخلو عن قليل مرض فما
دام يخرج في حوائجه بنفسه ولم يصر صاحب فراش لا يعد مريضا عند الناس كذا ذكره الامام
قاضي خان رحمه الله والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

باب العتق في مرض الموت

فالاعتاق ايضا من انواع الوصية اذا وجد في مرض الموت لكن له احكام مخصوصة فلذلك افرده
بباب على حدة واخره عن انواع صريح الوصية لان الصريح هو الاصل والمراد اي المراد بقوله
فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية فان الوصية عن ما اوجبه الموصي في ماله
بعد موته متطوعا كالضمان والكفالة تغايرهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان
من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبي خالع امراتك على الف على اني ضامن وكذلك
لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع
يكون على الاجنبي لا على المراة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وما يعتبر من التصرف الى
يعتبر في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت والاصل ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز
الثلث فكل من كان من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث معناه اذا لم يكن في كل فرد
من افراد الوصايا ما جاوز الثلث مثل ان يوصي بالربع والسدس لا يقدم البعض على البعض
لانهم استووا في سبب الاستحقاق وفي المبسوط في باب الوصية باكثر من الثلث ولو اوصى لرجل
بثلث ماله ولاخر بربع ماله ولاخر بسدس ماله فاجازت الورثة اخذ كل واحد منهم وصيته
كاملة لان في المال وفاء او جبته لكل واحد منهم وزيادة فان لم يجيزوا ضرب كل واحد منهم
في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق لان الوصايا كلها وقعت
في الثلث واستوت في القوة فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه الا العتق الموقع في المرض والعتق
المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح احترازا عما قالوا هو حر بعد موتي بيوم على ما يجيء فان
ذلك لا يقدم على الوصايا فانه ليس بتدبير صحيح حيث لا يعتق بنفس الموت واما العتق الموقت بموت
الموصي اذ المحاباة في الموت في المرض انه يبدا من ذلك قبل الوصايا ثم يتضارب اهل الوصايا
في ما بقي من الثلث بعد ذلك وصايا بهم لان العتق اقوى من الوصية لانه لا يلحقه الفسخ والوصية
يلحقها من الفسخ فبدا بالعتق وكذلك المحاباة لانها ثبتت في ضمن المعاوضة ومن قضية المعاوضة
اللزوم فلزمت الوصية التي في ضمن المعاوضة فكانت اقوى من الوصايا المطلقة فكذا في الايضاح
وقوله والمحاباة في البيع بالرفع عطفا على قوله الا العتق الموقع وقوله ان الوصايا قد
تساوت تعليل لقوله لا يقدم البعض على البعض ثم صورة تقديم العتق وعدم التقدم ما ذكر
في باب الوصية في العتق من وصايا المبسوط وقال اذا اوصى بعتق عبده بعد موته او قال اعتقوه او
قال هو حر بعد موتي بيوم ليس هذا من العتق الذي يبدا به وانما يبدا به اذا قال هو حر او اعتقه
في مرض الموت او قال ان حدث لي حدث في مرضي هذا فهو حر فهو يبدا به قبل الوصية وكذلك لان

المعنى فيه ان العتق الذي يقع بنفس الموت بسببه يلزم في حال الحياة على وجه لا يحتمل الرجوع
عنه بخلاف العتق فانه يحتمل الرجوع عنه لكن هذا يستقيم في قوله ان حدث بي من مرضي
هذا فان هذا يحتمل الفسخ بهيم الرقبة ولو قال هو حر بعد موتي بيوم فان سببه لا يحتمل الرجوع
عنه ومع ذلك لا يكون مقدما على سائر الوصايا ولكن الحرف الصحيح فيه ان يقول ما يكون
منفذا بسبب الموت يستغني عن حاجته الى التنفيذ فهو في المعنى اسبق مما يحتاج الى تنفيذ بعد الموت
لان هذا بنفس الموت ثم والترجيح يقع بالسبق توضيحه ان العتق المنفذ بعد الموت يستحق
استحقاق الديون فان صاحب الحق منفرد باستيفاؤه منه اذا ظفر بجنس حقه وهنا يصير
مستوفيا حقه بنفس الموت فالدين مقدم على الوصية فالعتق الذي هو في معنى الدين يقدم
ايضا فاما ما يحتاج الى التنفيذ بعد الموت فهو ليس في معنى الدين فيكون بمنزلة سائر الوصايا
مبسوط قوله فان حابا ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة
ما ذكر في باب الوصية بالعتق والمحاباة من كتاب العتق والذي في المبسوط فقال واذا
باع الرجل عبدا من رجل بالف درهم وقيمته الفان ثم اعتق عبدا له اخر يساوي الفا
ثم لا مال له غيرهما فالمحاباة اولى من العتق عند ابي حنيفة رحمه الله واذا بدا بالعتق تحاصا
فيه وعند ابي يوسف ومحمد العتق اولى في كل حال فعندهما يعتق العبد مجانا لان قيمته
بقدر الثلث ويخير المشتري ان شا نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن
ولم يرض به وان شا امضى العقد وادى كال قيمة العبد الفي درهم وعند ابي حنيفة رحمه الله
لانه بدا بالمحاباة يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شي الا ان العتق لا يحتمل الرد فيسعى
العبد في قيمته للورثة فان كانت قيمة المعتق الفا وحصته في المحاباة بعد ...
بالمحاباة كما بينا ويسلم للمعتق بالمحاباة من قيمته ... وسعة ويسعون في ...
لان جملة المال ثلاثة الاف وحصتها بينه ... للمشتري بالمحاباة ... ويسلم العبد ...
من الثلث ... العتق يقدم ... ثلث ... وسبع ...
ثلاثة وثلاثون ... المشتري كما بينا قوله ...
بالمحاباة الموقع كالوصية بالعتق والوصية بالمال تستوي بينه من استواهما اي من سوى العتق والمحاباة
ولا يعتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت لا ترى انه لو اوصى بثلث
ماله لفلان وفلان ... منهم ... ولو اوصى العتق والمحاباة
المشتري ... الاقرار ... ذكر في الكتاب ايضا ... في باب الوصية ... الخلاف
ما اذا اوصى به اي بالعبد لرجل ... او اوصى به لاخر ... الترکه
... اعتبار للتقدم ... قولنا في المثل ... بعد
هذا قوله ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى ... منها فان تساوت
في القوة ... الموصي ... الثلث ... الموصي اعتبار
ان تساوي القوة ... ايضا العتق والمحاباة ... ان كان للتقدم
رجحان ... المحاباة ايضا ... في ضمن عقد
... بدا الموصي ... الوصايا
... ما قدمه الموصي عند تساوي الوصايا في القوة ... في الوصايا
التي هي من حقوق الله تعالى ... الفضل ... المعرفة ... عتق
... المتعبد ... حقوق العباد في الوصايا ... اعتبار
لتقدم الموصي على ما ذكرنا ... لفلان ... لفلان ...
... ولا اعتبار لتقدم الموصي ... من ... حقوق العباد على ما ذكرنا
... ان لا يكون لتقدم الموصي اعتبار ... في الاقرار ...
وانما يبدا بما بداه الموصي اذا كان المستحق واحدا واما اذا كان ... اذا اوصى بثلاثة
لانسان ثم اوصى بثلاثة لاخر ... بعد ... وهذا

لان سبب المحاباة التجارة فان البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل
والشفعة تختص بالمعاوضات دون التبرعات ولهذا قلت ان البيع بالمحاباة يصح من العبد
المأذون ومثل الصبي المأذون وبالمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة فاما العتق [illegible]
يملكه المحجور من التبرعات وكانت المحاباة اقوى سببا من العتق لان سبب المحاباة التجارة
ومن حيث الحكم العتق اقوى لانه لا يحتمل الفسخ فلما كان للمحاباة رجحان من حيث السبب وللعتق
رجحان من حيث الحكم استويا في القوة بعد ما احتملت المحاباة العتق وسبقت في الثلث ثم
جاء العتق والمحاباة ثابتة وما لا يعدو من حكم الهبة موجبة [illegible] ان الشفيع لا يجد لذلك
بالشفعة ولا سعاية في الهبة وفي العتق شرعا فلا يزاحمها العتق [illegible] حكم التجارة
تعلق التجارات ولهذا ان العبد المأذون اذا اشترى امة فوطئها ثم استحقت اخذ بالعقر
في الحال [illegible] من التجارات لا الوصية بسبب الشرى لولاه لحد ولو تزوجها بغير اذن المولى فوطئها
لم يؤاخذ بالعقر حتى يعتق لان سببه ليس بتجارة فتعتبر الحكم بسببه [illegible] المحاباة ينبني
ايضا وينظر الى سببه وهو المحاباة لا الى المحاباة التي هي ضمنها معنى الهبة في الشرع **فائدة**
لو كان بين محاباتين او عتقين من الثلث خاصا ولم يترجح الاول من الوجه الذي قلنا كان
على موجب ما ذكرنا يلزم ان يتقدم الاول منها لا الثانية **قلت** انما كان هكذا لان ما يحتمل النقض
من تصرفات المريض او الترجيح من الثلث واذا كان كذلك [illegible] جميعا [illegible] بعضها بعد
الموت [illegible] حكم الوصية [illegible] هذا كله ما اشار اليه في المبسوط
والاسرار [illegible] بين العتق الاول والمحاباة لان العتق الثاني [illegible] المحاباة
بلا مزاحمة والعتق الاول مقدم على المحاباة يزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول
يشترك فيه العتق الاخر بالمحاصة والمساواة بينهما **فان قيل** كيف يستقيم هذا ولم
يصل الى صاحب المحاباة كل حقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة مما اخذ صاحب العتق
الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على حق صاحب العتق لو كانا معا وليس بينهما عتق اخر
وقد تقدمت المحاباة **قلنا** لا لذلك وانه لو استرد ذلك منه استرده منه المعتق الاول لان
حق المعتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي ذلك الى الدور [illegible] والسبيل
في الدور ان يقطع [illegible] صاحب المحاباة [illegible] من زيادة [illegible] كان الثلث
بين المعتقين [illegible] كذلك في باب الوصية بالعتق والمحاباة من كتاب العين
والدين من المبسوط [illegible] الوصية [illegible] من الحجة [illegible] على الورثة [illegible]
الموصى [illegible] كذا ذكر الامام الكسائي وهذا اشبه الى [illegible]
الى الصواب فانه يثبت بالدليل ان حق العبد [illegible] اذا هلك منه شيء منه
ومن اوصى بعتق عبده [illegible] من جهة [illegible] الموصى له [illegible]
[illegible] الموصى الا ان [illegible] الموصى [illegible] لحاجة الميت حتى لو كان [illegible]
[illegible] الورثة [illegible] ملك الميت [illegible] الورثة
[illegible] لم يستغن الاصل عنه [illegible] في المبسوط [illegible] الاسلام [illegible] الموصى
[illegible] كان العبد [illegible] الموصى له [illegible]
هذا العبد [illegible] العتق [illegible] الوصية [illegible] وصيته [illegible] صح [illegible]
العبد [illegible] ثلث المال [illegible] الموصى له
[illegible] الوصية [illegible] بالعتق [illegible] على الوصية بالثلث [illegible] الثلث
كله [illegible] العتق [illegible] حق الموصى له [illegible]
[illegible] الموصى له [illegible] العتق [illegible]
[illegible] السعاية وان كان على العتق [illegible] عبدا [illegible] وعليه [illegible]
[illegible] العبد [illegible] الاقرار [illegible] في حالة المرض [illegible] احدها
[illegible] لو كان [illegible] للتقدم [illegible] هنا [illegible]

يتقدم [illegible]

واصر

احد عمل كان الامرين كانا مؤسستان معا لذلك وقال ابو حنيفة رضي الله عنه وجهان
احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر والثاني ان العتق لا يمكن استناده الى حالة الصحة
فلذلك شبهته بالدين من كل وجه وشبه العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان
اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى موجبة السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة
تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض اعتقتني في صحتك وقال رجل لي عليك الف
درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذا هاهنا كذا في شرح
الجامع الصغير لقاضي خان [illegible] الوديعة اقوى وعندهما سواء وذكر شيخ الاسلام
رحمه الله [illegible] الوديعة اقوى عنده بما نقل شيخ الاسلام رحمه الله رجل
قال للوارث هذه الالف كانت وديعة لي عند ابيك وقال الاخر لي على ابيك الف درهم
ان الوارث اذا قال صدقتما كانت الوديعة اولى عندهما وذكر في المنظومة في كتاب الاقرار
من باب ابي حنيفة رحمه الله ما يؤكد ما ذكره شيخ الاسلام والكسائي فقال لو ترك الفا
وهذا ادعى دينا وذاك قال ذا هذا مودعي والابن قد صدق هذين معا استويا واعطيا
من ادعى حقا والله تعالى اعلم بالصواب **فصل** يذكر باب العتق في المرض على هذا
الفصل لان العتق في المرض لا يلحقه الفسخ بخلاف هذا الفصل ومن اوصى بوصايا
من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة الى اخره
اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من زكاة او صدقة فطر او كفارة او نذر او حج
او صيام او صلاة او ما اشبه ذلك من غير وصية فانه لا يؤخذ ذلك من تركته عندنا
الا ان يتبرع ورثته بذلك وهم من اهل التبرع وان امتنعوا لم يجبروا عليه وان اوصى بذلك
يجوز ويعتبر من ثلث ماله وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يؤخذ من تركته هذه الوصايا
لا تخلو اما ان يكون كلها فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة او كلها واجبات كالكفارات
والنذر وصدقة الفطر او كلها تطوع كالوصية بحجة التطوع والصدقة على الفقراء وما
اشبههما ان جمع بين هذه الوصايا كلها وان كان ثلث ماله يحتمل ذلك او اجازت الورثة
فلذلك وان لم تجز فانه ينظر ان كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر ان كانت كلها فرائض
فانه يبدأ بما بدأ به الميت وان كانت واجبات فانه يبدأ بما بدأ به ايضا وكذلك اذا كانت
كلها تطوعا وان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات وبعضها تطوع فانه يبدأ بالفرائض
اولا وان اخرها الميت ثم بالتطوع وان جمع هذه الوصايا يتحاصون في الثلث [illegible]
فاصحاب العباد يقولون لا يقدم بعضهم على البعض وما كان لله تعالى فانه يجمع ذلك كله
ويبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم النوافل هذا اذا لم يكن فيها وصية بعتق منفذ
ولا محاباة منجزة فان كان فيها عتق منفذ او محاباة منجزة فان في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
المحاباة مقدمة على العتق تضرب الثلث كله اي تبدأ بالعتق ثم الى سائر الوصايا على ما
بينا هذا كله من زكاة شرح الطحاوي فان تساوت في القوة بدأ بما قدمه الموصي اذا ضاق
عنها الثلث لانه ان ما روي ان رسول الله عليه الصلاة والسلام عن السعي بها يبدأ فقال
يبدأ فقال ابدأ بما بدأ الله تعالى به والزكاة تعلق بها حق العبد لان الفقير في المصرف نائب
فكان ممتزجا بحقين والحج حق الله تعالى فكانت الزكاة اقوى وقوله فكان الحج اقوى لانه فيه
نادية الوظيفتين البدنية والمالية وفي الزكاة نادية وظيفة واحدة ولان الحج فرض
العمر وفرض العمر اقوى لشموله من فرض السنة وقد جاء فيهما من الوعيد ما في حق الزكاة
من كفر فان الله غني عن العالمين وكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه
حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا وان شاء مات نصرانيا وان شاء مات مجوسيا والكفارة
في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر وانما قدم بهذه الكفارات الثلاث
في التقديم على صدقة الفطر لان كفارة الفطر ثبتت بخبر الواحد وصدقة الفطر وجبت باخبار
مستفيضة والاجماع وعلى هذا القياس يقدم على النذر لان صدقة الفطر وجبت بايجاب الله تعالى

ملون مقدمة على ما يجب بايجاب العبد والنذور والكفارات كلها مقدمة على الاضحية والاضحية
مقدمة على النوافل لان الاضحية واجبة عندنا ثم الترتيب من الكفارات الثلاث ان كفارة
القتل تقدم على غيرها لان كفارة القتل اقوى واكثر تغليظا من غيرها الا ترى ان الاسلام شرط
فيها دون سائر الكفارات ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لان كفارة اليمين
وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت
كفارة اليمين اقوى وما ليس بواجب قدم ما قدمه الموصي بان اوصى بان يحج عنه تطوعا
واوصى بان يعتق عنه نسمة ولم يعينها تطوعا واوصى بان يتصدق عنه بمائة على
الفقراء الا باعيانهم فانه يبدأ بما بدأ به الميت وانما كان كذلك لان الموصى له في هذه الصورة
واحد وهو الله تعالى لان الوصية صحت ولذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى
لا للعبد اذ لم يمكن تعيينه كان مجهولا والوصية للمجهول لا تصح فهو في معنى قولنا ان الموصى
له واحد والمقصود واحد وهو التقرب الى الله تعالى وقوله لما سنا اشارة الى قوله
لان الظاهر ان يبدأ بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وهو ان يقول ابدأوا بما بدأت به
لانا نعتبر ذلك في سائر الوصايا حينئذ كذا هاهنا هذا هو ظاهر الرواية وروى
الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء
بدأ بالصدقة او اخرها فان لو ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان
للعبد فيجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ولا يجعل جهة واحدة والاكثر الى
ذلك ويجوز ان يقول بلغت مسائل في الحج والزكاة والكفارات ولم يرد يقسم على اربعة اسهم
لان كل جهة من هذه غير الجهة الاخرى والمقصود ان كان متحدا وهو القربة ولكن يعتبر
الجهة المسماة لان الجهة هي المنصوص عليها وهو كما لو اوصى للفقراء او المساكين وابن
السبيل يضرب لكل جهة سهم وان كان المقصود من الجميع القربة هذا في الباب الاول من وصايا
المبسوط والفصل الرابع من وصايا الزيادات والباب السادس من وصايا الايضاح وقد
فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل وذلك الفرق الماورد على ابي حنيفة
رضي الله عنه وهو الذي ذكره في اول هذا الفصل بقوله ولو انه وصى بعتق عبد بشرط
عتاقة وتنفيذها ثم يشتري بالف منه فينفذ لغير الموصى له الى آخره ومن خرج من بيته
حاجا يتبدل بقوله حاجا لانه لو خرج للتجارة فانه يحج من بلده هناك بالاتفاق وعلى هذا اشار
بعد هذا بقوله بخلاف سفر التجارة ثم هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فان لم يكن له
وطن لمن مات فانه لا يحج الا من حيث هو وكذلك اذا اوصى وهو الان من الاوطن
له موطنه حيث حل وان يحج عنه من موضع اخر فان كان اقرب الى مكة فهم ضامنون وان
ابعد فلا ضمان عليهم لان في الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضي ذلك
وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده الى اخره
ولابي حنيفة رحمه الله وجهان احدهما ان النبي عليه الصلوة والسلام قال كل عمل ابن
ادم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج الى الحج ليس من الثلاثة فيسقط بالموت والثاني ان
خروجه انما يكون قربة انه يتوصل به الى اداء الحج وقد تبين ان ذلك الخروج ما كان يوصله
والدليل عليه انه ظهر بموته ان سفره كان سفر الموت لا سفر الحج كما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال اذا اراد الله تعالى قبض روح عبد بارض جعل له اليها حاجة فكان هذا من المعنى
وخروجه للتجارة سواء ثم هنا يحج عنه من وطنه ملكه اي المبسوط **فان قلت** ما جواب
ابي حنيفة رحمه الله عما اورد مسألة الاطعام عليه في الكفارات وهو ان المكفر اذا اطعم
بعض المساكين ومات فاوصى وجب الاكمال فما بقي بالاتفاق كذا في الاسرار ولم يبطل هناك
ما اطعمه بموته فيجب ان يكون في الحج كذلك **قلت** قال ابو حنيفة رحمه الله الفرق بينهما
ان سفر الحج لا يقبل التجزي فيحتمل الامر بدليل ان الاول لو بدا له في ان لا يحج بنفسه بعدما
مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره يرضى الوصي لم يجز ولزمه رد نفقة انفقها واما

الاطعام

الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض بعد ذلك وامر به غيره
فانه يجزيه كذا في الاسرار على ما قررناه ايراده قوله مثل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام
احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى عليه من بلده الى اخره والله اعلم بالصواب

باب [illegible] الوصايا للاقارب وغيرهم

[illegible]

لذي قرابة فصرفه المعطوف يتناول الواحد فصاعدا او آحابه لا يدخل الولد فيه عند الخلاف
للشافعي والعباس ما ذهب اليه فان من اتصل الى الموصي بغيره وواسطة يكون اقرب اليه
ممن يتصل اليه بواسطة ولكنا نقول ان الله تعالى عطف الاقربين على الوالدين في آية
الوصية للوالدين والاقربين وانما يعطف الشيء على غيره لا على نفسه من حيث العرف القائل لا
[illegible]
من ... قوم ... عليه الصلاة والسلام كان من هاجر
و... رضي الله عنه ... رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من
[illegible]
[illegible] لقوله
عليه [illegible]
اي [illegible] الى ... البلوغ
[illegible] فان قلت [illegible] ان الكفار
كانوا يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم ... قلت هو لطف من الله تعالى لنبيه
صلى الله عليه وسلم [illegible] وهو ليس بيتيم [illegible] كانوا يسمونه

يتناول

مدّمّما وا يسمّون المذمّم ولا يتناوله لانه كان محمد صلى الله عليه وسلم نظيره فدخل الغني والفقير
هاهنا لتحقق معنى الاسم في الفريقين كذا في وصايا الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمه
الله رحمه الله **قوله** ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية اغنياؤهم وفقراؤهم
وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم ثم حد الاحصاء عند ابي يوسف رحمه الله ان يحصى
الا بكتاب وحساب فهم لا يحصون وقيل كان اذا لا يحصيهم المحصي حتى يولد فيهم مولود او يموت
منهم احد فانهم لا يحصون قال محمد رحمه الله اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون قال بعضهم
هو مفوض الى راي القاضي وعليه الفتوى والايسر ما قاله محمد رحمه الله كذا في فتاوى قاضي
خان رحمه الله اولا بايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية **فان قيل** كيف فرق
بين الارامل والايامى في حق الاسم والحكم المرتب عليهما حيث جعل الارامل من اسماء الحاجة
وعدم الاحصاء منهم غير مانع لصحة الوصية ولم يجعل الايامى من اسماء الحاجة وجعل عدم
الاحصاء فيهم مانعا عن صحة الوصية مع ان الايم والارملة مترادفان للمراة التي لا زوج لها في اللغة
قلنا نعم كذلك وهنا ان كانا اسمين مترادفين للمراة التي لا زوج لها اسما لا في اللغة
ولكن في اصل ما يرجع اليه اشتقاقهما يفترقان واختلاف الحكم المبني عليهما كان لسبب اختلاف
مرجعهما الى ذلك الاصل وقال الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في الجامع الكبير ولو اوصى
بثلث ماله لارامل بني فلان وهم يحصون او لا يحصون فالوصية جائزة لان في الحقيقة معنى هذا
الاسم ما ينبئ عن الحاجة يقال ارمل القوم اذا نفد ما عندهم من الزاد وصاروا محتاجين ثم
قال الارامل للنساء خاصة دون الرجال وقال الشعبي رحمه الله يدخل فيه النساء والرجال
ولكنا نقول يتناول النساء خاصة لان معنى مفارقة الزوج وهذا اللفظ معتبر فان من لم
يتزوج لم يسم ارملة ونفقة النساء على الازواج شرعا فالمراة اذا فارقها زوجها نفد
ما كان لها من النفقة بهذه المفارقة فتسمى ارملة واما الرجل فلم يفقد زاده بهذه الفرقة
اذ ليس له عليها شيء من الزاد فلا يكون ارملا فعرفنا ان الارامل من النساء البالغة التي كان لها
زوج فارقها او مات عنها سواء دخل بها او لم يدخل وهي محتاجة لما بينا ان حقيقة المعنى
فيه نفاد زادها بسقوط نفقتها عن زوجها بعد فراقه ولو اوصى بثلث ماله لايامى بني فلان
فان كن لا يحصين فالوصية باطلة لانه ليس في الاسم ما ينبئ عن الحاجة لتعذر ادخال الكل في
الوصية اذا كن لا يحصين تبطل الوصية وان كن يحصين فالوصية جائزة ولا يدخل في الايامى
الرجال انما الوصية للنساء خاصة وكان الكرخي رحمه الله يقول يدخل فيه الرجال والنساء
ولكن قول محمد رحمه الله حجة في اللغة وذكر في المغرب ايضا ما يدل على ان اختلاف الحكم فيهما
واقع على انه اللغة على ذلك وقال ارمل اي افتقر من الرمل كادقع من الدقعاء وقال في
التهذيب يقال للفقير الذي لا يقدر على شيء من رجل او امراة ارمل ولا يقال للتي لا زوج لها وهي
موسرة ارملة فعلم بهذا ان معنى الفقر لازم في الارامل والايم التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا
والرجل ايم ايضا والفقر فيه ليس بلازم فلذلك صار اسم الايامى بمنزلة اسم الشبان في انه
لا ينبئ عن الحاجة وقوله فيما اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم
لا يحصون حيث تبطل الوصية ثم انما تبطل الوصية لقوم لا يحصون اذا كان اسم ذلك القوم لا
ينبئ عن الحاجة كالشبان واذا كان ينبئ عن الحاجة كالفقراء والمساكين تصح الوصية وان
كانوا لا يحصون للمعنى الذي ذكره الامام شمس الائمة والمعروف بخواهر زاده رحمه الله في اصل باب
من يوصي لبني فلان من وصايا الجامع الكبير فقال ان الاستحقاق متى علق بالتسمية فان كان في اللفظ
ما ينبئ عن الحاجة صحت الوصية وان كانوا لا يحصون لان مقصود الموصي اذا دفع الحاجة المحتاج وجهة
القربة والوصية متى وقعت لجهة هي قربة صار المراد بها وجه الله تعالى والله تعالى
واحد لا شريك له فلم يكن المجهول له فيه تصور فكان كالوصية بالصدقة المطلقة سواء واذا لم
يكن في لفظه ما ينبئ عن الحاجة لم يكن القربة فيها مقصودة بل كان المقصود هو التمليك
من المسمى وجهالة التمليك مانعة صحة التمليك فلا بد من اعلام المسمى ليكون ذلك انه اذا كان

فيما يحصون فتصح الوصية لهم لانه يمكن في المصروف اليه على وجه لا يمكن دفعه فان الصرف
الى الكل غير ممكن لكثرتهم والى البعض اولى من البعض فكانت الوصية باطلة بمنزلة الوصية
لبني ادم او لاهل الدنيا وفي الذخيرة الانفاح الشبان جمع شاب وكذلك الشبان وفي الايضاح
وقال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى لشبان اهل بيته او لكهولهم او لشائخهم فالشاب
من خمسة عشر الى ثلثين سنة الى ان يغلب عليهم الشمط والكهل من ثلثين الى اخر عمره
والشيخ ما زاد على خمسين وجعل ابو يوسف الشيخ والكهل سوا ما زاد على خمسين وروي
عن محمد رحمه الله انه قال الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى ما بلغ خمسة عشر وفوق
ذلك والكهل اذا بلغ اربعين وزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب عليه الشيب
حتى يكونون شيخا ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول رحمه الله في اول قوله

ولو اوصى لبني فلان

وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم اعلم ان عندهما انما يدخل الاناث في هذه الوصية متى اذا اختلط الذكور
والاناث واما اذا انفرد الاناث فلا شيء لهن بالاتفاق ثم هذا الذي ذكرنا فيما اذا كان
فلان ذلك الى الاولاد واما اذا كان ابو فلان اسم قبيلة او اسم فخذ وهو اخص من اسم القبيلة
يتناول الذكور والاناث بالاتفاق لان حقيقة الاسم للذكور وانضمامه من اسم القبيلة
يتناول الذكور والاناث يحقق الاثر انه يستقيم ان يسمى اسم البنين على البنات باثبات
فيتبين وهو اسم النساب ولا يستقيم نفي هذا الاسم عن الذكور بحال وهذا هو علامة الفرق
بين الحقيقة والمجاز كذا في المبسوط فلهذا يدخل فيه موالي العتاقة اي المعتقون منهم وقال
في الجامع الكبير لشمس الائمة وان كان في بني فلان موالي العتاقة بعد او موالي اسلموا على
ايديهم والرهم وفقرا او الموالي وحليف لهم وعديد منهم يدخلون حقا في الوصية
نفسه الوصي بين من يعتقهم عليهم من فقرايهم والحليف اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفونه
له على التناصر والعديد الذي يعد نفسه منهم وهم يعدونه ذلك له من غير حلف وانما
دخل الكل لان الانتساب هاهنا يعلق النسبة الى القبيلة وهم في هذه النسبة سوا التناصر

والحليف

والعديد

منهم بهذه الاسباب الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مولى القوم من انفسهم
وحليفهم منهم لان حقيقة النسب يكون في حكم المنقطع بالامتداد الا ترى ان احدا لا ينسب
الى ادم بالنسب ولكن بالنسبة يقال انه من بني ادم فلما كان كذلك استوى الكل في استحقاق
هذا الاسم استوايهم في التناصر بخلاف ما اذا كان فلان ابا ولد ليس بقبيلة ولا فخذ فهنا
حقيقة النسب متصل غير منقطع فيتعلق الاستحقاق به ولا يدخل الموالي فيه ومن اوصى لولد

ومن اوصى لولد فلان

فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى فيه سواء حتى لو كان لفلان بنات لا غير دخلن تحت الوصية
لان الوصية حصلت باسم الولد واسم الولد يطلق على الاناث حالة الانفراد كما يطلق على
الذكور يقال هذه المرأة ولد فلان بخلاف ما لو اوصى لبني فلان ولفلان بنات لا غير فانه
لا شيء لهن لان اسم البنين لا يقع على الاناث حالة الانفراد كذا في الذخيرة وذكر الامام المحبوبي
رحمه الله في الجامع الصغير في تقرير مسالة الوصية لما في البطن وقال لو اوصى لولد فلان
ولم يكن لفلان ولد وانما ولد له ولد بعد الوصية قبل موت الموصي فالوصية صحيحة
كذا في الذخيرة وهذه المسالة يكون ثلث ماله بينهم بالسوية لا يفضل الذكر على الاناث
لان الموصي لم يفضل الذكور على الاناث ولا يدخل اولاد الاولاد تحت هذه الوصية حال

ولا يدخل اولاد الاولاد

قيام اولاد الصلب فاولاد البنين واولاد البنات في ذلك على سوا لان الموصي اوصى لولد فلان
وولد فلان على الحقيقة من تولد من فلان والذي تولد من ابنه وابنته انما تولد من فلان
بكان حقيقة هذا الاسم لولد صلبه فما دام لفلان ولد الصلب لا يدخل ولد الصلب
تحت الوصية كما في ما اذا اخذ امانا لولده فانه اذا كان له ولد الصلب لا يدخل ولد ابنه

هذا اذا كان لفلان اب

في الامان فكذا هنا وهذا اذا كان لفلان اب خاص فاما اذا كان هذا ابا فخذ فاولاد الاولاد
يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب لان في الاب الخاص لا يراد بهذا اولاد الابنه
قد لا يخلو بيته وبنيه غير الاولاد بعد وفي مسالتنا لما لم يكن لفلان الاولاد واحد كان الثلث

كله

كله له بخلاف ما لو اوصى لاولاد فلان وله ولد واحد فانه يستحق النصف ووجه
الفرق بينهما ان الاولاد جمع واقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان فكان للواحد النصف
كما لو اوصى لاقاربه وله عم واحد كان له النصف واما الولد فليس باسم جمع وانما هو اسم جنس
ويطلق اسم الجنس يطلق على ادنى ما يطلق عليه الاسم كما لو حلف لا يشرب الماء ولا يتزوج النساء
حيث يحنث بشرب قطرة وبنكاح واحدة واذا اوصى لاولاد فلان وليس لفلان اولاد لصلبه
يدخل تحت الوصية اولاد البنين وهل يدخل اولاد البنات فيه روايتان ومن اوصى لورثة

واذا اوصى لاولاد فلان

ومن اوصى لورثة فلان

فلان الى اخره ثم في هذه المسالة لو مات الموصي له قبل ان يموت الموصي فهو بين ورثته
على قدر مواريثهم يعني اذا مات بعضهم غيرهم بان اوصى لفلان ولورثة فلان فانهم يقاسمون الموصى له
بالثلث يرد سهم فما اصابهم من ذلك يقسم للذكر مثل حظ الانثيين بخلاف ما لو اوصى لبني فلان
فان الذكر والانثى فيه سوا على ما ذكرت الفرق في الكتاب كذا في الايضاح وقال الشافعي
رحمه الله في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في شرح الجامع الكبير وقد كان الشافعي
في قوله ان الوصية جائزة ويدخل فيها الفريقان لان كلاهم يسمى مولى وهذا رواية عن ابي
حنيفة رحمه الله والجواب عن هذا على ظاهر الرواية هو ان اسم يطلق على كل واحد بمعنى واحد
وهو الحامل على التخصيص الا ان محل الاستعمال مرة يكون هو الصلب ومرة يكون هو الرحم
فاذا اختلف محل الاستعمال لا معنى الاستعمال والشيء لا يختلف باختلاف محله سمي الاسم
متناول الكل بمعنى واحد فكان عاما يجري على عمومه وفيما نحن فيه المعنى يختلف لان المولى
الاعلى منعم والاسفل منعم عليه فصار بمعنى الفاعل مرة وبمعنى المفعول اخرى فكان مشتركا
لا عاما لان العام ما يشتمل جمعا بمعنى واحد ويبطل التعيين لان مقاصد الناس مختلفة
من الناس من يقصد الاعلى مجازاة ويشكر الانعامه ومن يقصد الاسفل زيادة للانعام
في حقه فلما كان كذلك وجب التوقف حتى يقوم الدليل ولم يوجد حتى ان اخذنا لا يطلع
على مقصود الموصي ومراده كذا في الجامع الكبير للامام المعروف بخواهرزاده رحمه الله ثم
قوله ان الجهة مختلفة احتراز عن لفظ الاخوة الذي ذكرنا احتراز في موضع الاثبات
احترازا عما اذا حلف لا يكلم موالي فلان يحنث بتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي
ولا تنافي فيه لان النفي يعم ويتناول المتضاد والمختلف والوصية اثبات وذلك لا يعم
الا ترى انه قال ما رايت رجلا احمل على ما سيما ولد الاسم ولو قال رايت رجلا ينصرف
على انه راى واحدا غير معين كذا في شرح الاقطع قوله رحمه الله فصار مشتركا فلا
يقصد بها لفظ واحد فان قلت سلمنا ان المولى اسم مشترك واثبات الحكم بالمشترك حكم
باطل الا ترى ان الله تعالى اثبت الحكم بالمشترك في قوله تعالى والمطلقات يتربصن
بانفسهن ثلاثة قروء وذلك لان السامع يرجح احدى المرادين على الاخر بنوع دليل ظهر له
كما رجحنا الحيض على الطهر في العدة بنوع رجحان ظهر لنا فكيف قلتم لا كتاب مع هذا
فالوصية باطلة قلت لما لم يكن هاهنا ترجيح احد المرادين على الاخر لتعادلهما وصعب
على السوال في الوصية للاعلى معنى المجازاة وقضا حقوق النعمة وفي الوصية للاسفل
زيادة الصنعة والزيادة في الانعام عليه صارت من قبيل المجمل لكن سماه مشتركا
لصدوره اصالة من الاسم المشترك الذي لا يمكن ترجيح احد النوعين على الاخر ولا فايدة
في اجمال العبد بخلاف ما انزل الله تعالى من المجمل والمتشابه في القران فان فيه
فايدة سوى العمل وهو اعتقاد حقية المراد به والاعتقاد بالحق بانه حق وابتلاء العمل
بحوان الصلوة يعقبه فان قيل لا نسلم في انه لا فايدة في اجمال العبد لان العبد
اذا اجمل فيطلب عليه يصح ويجبر على البيان حتى ان رجلا لو اقر بشيء لفلان على شيء فانه
صحيح وان كان مجملا ويجبر القاضي على البيان قلت ذلك ليس بنظير مسالتنا فان
ذلك في الواجب الذي لا يمكن الرجوع عنه بعد الاقرار والذي نحن فيه من المندوب
المستحب الذي اوصى به ثم رجع يصح ولا يجبر القاضي على البيان ولا كلامنا فيما اذا

اوصى بثلث ماله لموالي فلان وله معتقون ومعتقات وموالي موالاة فلان قبل البيان وبعد الموت لا يمكن الرجوع الى
البيان بالاستفسارات فتبطل الوصية لذلك لعدم امكان ترجيح احد المرادين على الاخر قلت
ان الوصية في هذه الصورة باطلة الا ان بين ذلك في حياته فلنا لا نسلم بل ترجيح احد
المرادين على الاخر غير ممكن فان رجحان صرف الوصية الى المولى الاعلى الذي اعتقه ثابت
لما ان شكر الانعام واجب وفضل الانعام في حق المنعم عليه مندوب فكان صرف الوصية
الى الواجب اولى من صرفها الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله لهذا المعنى
قلنا لعمر لك لما ان هذا الواجب لا يدخل في الحكم فان القاضي لا يجبر على
شكر المنعم بالايصاء لا محالة فكان وجوده كعدمه فلم يعتبر الوجوب ولان صرف الوصية الى
المولى الاسفل ثابت بوجه اخر وهو ان المعروف فيما بين الناس الوصية بثلث المال
للفقراء ابتغاء لمرضات الله تعالى واتباعا للزكاة في حق المصارف والغالب في المولى الاسفل
الفقر وفي المولى الاعلى الغناء والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فكان الصرف الى الاسفل
اولى في هذا الوجه وهذا ايضا مروي عن ابي يوسف رحمه الله في رواية لهذا المعنى ولما
كان كذلك قد تعارض المراد على السواء فلم يمكن الترجيح فبطلت الوصية لذلك هذا كله
مما اشار اليه في الدرر والجامع الكبير للامام المعروف بصدر رحيد رحمه الله ويدخل
في هذه الوصية اي في الوصية لموالي فلان من اعتقه في الصحة والمرض اي من اعتقه
المولى قبل الموت وفي الجامع الكبير للامام المعروف بصدر رحيد واما لم يكن للمدبرين
وامهات الاولاد شيء من الثلث لان الموت يوجب ولاءهما لسبب وانما يثبت العتق بعد الموت
والعتق يقع على المملوك والوصية يقع عند الموت فيكون ولاءهما ثابتا وقت وقوع الصلوة الوصية
مما لم يكن وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون في الوصية لانه بالتدبير والاستيلاد
استحق ولاءهم الا ترى ان المدبر اذا كان بين شريكين اعتقه احدهما يضمن نصيب شريكه
كان ولاءه بينهما ولما كان يتقيس التدبير قد استحق ولاءهم فكانوا من جملة مواليه ولكن ما ذكره
محمد رحمه الله اصح لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق
وذلك يكون بعد موته كذا ذكره الامام شمس الائمة في الجامع الكبير ويدخل فيه اي الاجماع
لان العتق ثبت قبل الموت عند تحقق عجزه كما اشرف على الموت والعجز عن الضرب يتحقق
بتحقق شرط الحنث فيعتق قبل موته ويكون من مواليه عند الموت بخلاف المدبر وام الولد
فانه يعتق بعد الموت ويدخل فيه معتقه واولادهم اما المعتقون فظاهر لان اسم
الموالي للمعتقين حقيقة وكذلك اولاد الموالي فان اسم النسبة بالولاء العتق الذي باشر
في ابائهم العتق اخر وجه من عنق والفروع اجزاء الاصول فكان الاسم حقيقة في الاجزاء
كما هو حقيقة في الاصول وهذا بخلاف ما اذا اوصى لبني فلان وفلان اولاد الاولاد لم يدخل
مع الاولاد لان نسبتهم اليه بالولادة وقد وجد في الاول ولادة اخرى سوى ما كان في ولد
الصلب فكان الصلب مجازا في حقهم اذ بينهم بسبعين نفسه عنهم فيقال انهم ليسوا
بنيه بل هم بنو ابنه وهنا لا يستقيم اسم الموالي عن اولاد الموالي فكان الاسم لهم
حقيقة وقوله والاعتاق فلا ذم كالجواب لسؤال من سال وقال لما كانت جهة المولى
مختلفة بم رجحت مولى العتاقة على مولى الموالاة مع ان اسم المولى حقيقة فاجاب
عن رجحانه في الكتاب بالتلازم في العتاق وذكر شمس الائمة رحمه الله هذه المسالة في
الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها القياس والاستحسان فقال وان كان لهم
موالي اعتقهم اولاد موالي مع موالي الموالاة فلا شيء لموالي الموالاة من الثلث استحسانا
لانه ولاء ضعيف يحتمل فيه من العقد وسببه عقد محتمل بينه يحتمل الفسخ بخلاف ولاء العتق
فانه بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد موته والمزاحمة لا يتحقق بين الضعيف والقوي
وكان ينبغي في القياس ان يكون الذي اسلموا على يديه ووالوه مثل موالي العتاقة لان ولاءه
على العربيين مباشرة سبب الحادث من عقد او عتق فكان الاسم للفريقين حقيقة وخلاف

دخلان

وخلاف ما اذا لم يكن له موالي عتاقة ولا اولاد الموالي اولاد موالي العتاقة يعني حيث
يصرف الثلث الى موالي الموالاة وفي الجامع الكبير ولو لم يكن له الا موالي الموالاة كان
الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد يجب العمل بما دونه ولو كان له اي للموصي معتق واحد
فوله واحد لمعتقه ومولى الموالاة فالنصف لمعتقه والباقي للورثة وحاصله اذا لم
يكن له موالي استحقوا له او لاولاد موالي ومولى الموالاة فالوصية لاولاد موالي لما ثبتنا
ان اسم الموالي للاولاد حقيقة كما هو للاباء واذا صادف الحقيقة مراده ينتفي المجاز ولو
لم يكن له الا موالي فالوصية لهم لان الحقيقة غير مراده فالمجاز ههنا متعين لكونه
معقودا فاذا تعذر العمل باللفظ في الحقيقة يعمل بمجازه فيصرف الوصية الى موالي مواليه
ولو كان معه من مواليه اثنين او اولادهم اثنان فصاعدا والثلث كله لهما دون موالي
الموالي لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث للمثنى حكم الجمع حتى ان الاخوين يحجبان الام
من الثلث الى السدس مع ان المنصوص عليه اسم الاخوة فكذلك الوصية للمثنى حكم الجمع
ولو لم يكن من المعتقين ولا من اولادهم الا واحد كان نصف الثلث له لان الواحد لا
الاكتفاء كان باسم الجمع فلا يستحق الواحد الكل انما يستحق النصف الا ترى انه لو كان
معه اخر استحق الجميع فيكون بينهما كل واحد منهما النصف فلو لم يكن الا واحد استحق
نصيبه وهو النصف والنصف الاخر مردود على الورثة ولا يكون لموالي الموالي منه
اصلا لان اللفظ صار معمولا به في حقيقته فينتفي المجاز عنه اصلا وهو كما قال ابو حنيفة
رحمه الله فيمن اذا اوصى بثلث ماله لبنيه وله ابن واحد وبني بنين فلا نصف الثلث
لابن الابن وليس لبني البنين منه شيء لما في الجامع الكبير لانه اسم الابنة والباقي للورثة ايضا
يكون لموالي الموالي لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيهم اذا اوصى لمواليه
رحمه الله موالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب في هذا ان يقال موالي
اعتقهم ابنه وابوه كما هو المذكور في الايضاح والجامع الكبير لان التعليل الذي علل
به انما يصح في الذين اعتقهم ابنه او ابوه كما هو المذكور في الايضاح والجامع الكبير لان
التعليل الذي علل به انما يصح في الذين اعتقهم ابنه او ابوه لان موالي اعتقهم الموصى لان
اولئك مواليه حقيقة وذكر الامام المعروف بصدر رحيد رحمه الله في الجامع الكبير
ولو ان رجلا اوصى بثلث ماله لمواليه وليس له موالي اعتقهم ولا اولادهم وله موالي
الموالي لكن له موالي ابيه فصرف الى ابنه فلا شيء لهم من الوصية لان هذا اسم لا يطلق عليه
حقيقة ولا مجازا اما الحقيقة فلان مباشرة اعتاق المملوك فيصير مولى له والمجاز انما يستعمل
باعتاق مملوك من يعتق ذلك المعتق مملوك ولم يوجد في حق موالي الاب وموالي الابن
بل الا عتاق ولا بسببه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الوصية اصلا وقد وردت رواية انهم
من موالي ابيه وموالي ابنه ما كان دلالة مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام
المعتق في حق الميراث لان الولاء بنقل الميراث هذا لان الولاء بمنزلة النسب لا يورث بنص
عليه صاحب الشرع فقال عليه الصلوة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
ولا يورث لا ترى ان الرجل يكون من قبيلة ثابوه من قبيلة اخرى فانه كان الرجل
كاسبه عبدين فاشترى الاب رجل عتيق والابن رجل اسدي فاعتق الاسدي الابن والتميمي
الاب ثم ان الابن اشترى عبدا فاعتقه ثم مات الابن ثم مات معتق الابن فلم يترك
عصبة فان ميراثه يكون للاب بحكم انه قائم مقام ابنه في التعصيب لا ان الولاء انتقل اليه
بموت الابن لانه لو انتقل ولاؤه الى الاب بعد موت الابن كان ولاؤه لبني تميم ولم يصير
الولاء لبني تميم بالاتفاق حتى ان ولاء الابن لو جنى لا يكون عقله على بني تميم بل يكون على بني
اسد ولو انتقل ولاؤه لكان على بني تميم لان ولاء الاب لهم ثبت بهذا ان الولاء لا ينتقل
الى الاب والابن انما يرث الاب لانه قائم مقام الابن في الميراث وحصل من هذا كله ان الذي
ينسب اليه بالولاء على نوعين حقيقة ومجاز فالحقيقة على نوعين موالي الموالاة عرفي بل

موالي موالاة

ولا يدخل فيهما اذا اوصى لمواليه موالي اعتقهم
وعن ابي يوسف

[illegible]

قوله [illegible]

[illegible]

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

[illegible]

حتى

حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرده على الورثة وان كان العبد لا يخرج من ثلث ماله
ولم تجز الورثة فانه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين على ما ذكرنا
في المعنى نصرنا الى المهاياة اي بلا زمان وكان هذا على خلاف ما اوصى له بغلة عبده
ولا مال له غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لان الغلة عين مال يحتمل القسمة
فانه يعتد الوصية في مقدار الثلث من الغلة من سنة واحدة بخلاف الخدمة
فانها لا تحتمل الخدمة بالاجزاء فكان للموصى له ان يستوفي الخدمة بطريق المهاياة الا
ان يكون ما يستوفيه خدمة سنة كاملة كما اوصى به كذا في المبسوط وفي المهاياة تقديم
احدهما زمانا فلم يمكن المهاياة في المعادلة مثل القسمة بالاجزاء ولكن ليس للورثة
ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار على ما ذكر في الكتاب فان كان مات الموصى له عاد الى
الموصي به وهو العبد والدار الى ورثة الموصي استحقها اي وارث الموصي له لانه
انما تتعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل اعتبار حالة الوصية في باب العتق
من جواز الاقرار او بطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية فانها ايجاب عند الموت
وبين ايضا في كتاب الوصايا في مسئلة قبول الوصية بقوله لان اوان ثبوت حكمه بعد
الموت لتعلقه به فاستخدمه بنفسه اي استخدم الموصى له العبد الذي اوصى له العبد
فملك تمليكا بدل او بغير بدل كالاستئجار فانه لم يملك المنفعة بالوصية بعد الموت
بخلاف العارية لانها اباحة على اصله فلهذا كان المستعير لا يملك الاعارة من غير
فانها تمليك المنفعة بغير بدل فيجاز جوازه على اصلنا حتى لو قال ملكتك منفعة
هذه الدار كانت عارية صحيحة وانما لا يتعلق بها اللزوم لكونها متعرية عن البدل
فلذلك الوصية الا ان غير الموصي لا يمكن من الرجوع بعد موت الموصي والموصي لا يتصور
رجوعه بنفسه وهذا لان المنفعة ليست بمال في ملكها بمال احداث معنى المالية فيها
بما يثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او تبعه اولمن يملكها بعقد المعاوضة
حتى يكون مملوكا لها بالصفة التي يملكها فاما اذا ملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها
بعوض كان مملوكا اكثر مما ملكه معنى وهذا لا يجوز كذا في المبسوط فان كانوا في غير
اي في غير مصر الموصي او بغلة دار يجوز اي كما يجوز الوصية بالخدمة لانه بدل المنفعة
اي لان الغلة ذكر الضمير الراجع اليها لتذكير الخبر وهو البدل او بتاويل المال فكان في
الجواز اولى اي بالنسبة الى الخدمة يعني ان الخدمة منفعة محضة ليست بنفسها العينية
فلما جازت الوصية بها فلان يجوز الوصية بالغلة التي هي عبارة عن مال عين وهو
الدراهم بالطريق الاولى فكان له ثلث تلك السنة حتى لو كانت غلة عبده سنة لانه
عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد فان هناك لما
لم يحتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهاياة الى ان يكون
ما يستوفيه خدمة سنة كاملة على ما ذكرنا من استخدامه ثلاث سنين فيما اذا كانت
السنة غير معينة واما الغلة فهو عين مال يحتمل القسمة ولذلك قسمناها بالاجزاء
لا بالمهاياة عطفا منه لاحدهما على الاخر لانه عطف قوله الاخر برقبته بالواو على قوله
اوصى بخدمة عبده وما اوجب لكل واحد منهما بطريق العطف يحمل الوصية بانفراده
فيعطف احد الوصيتين على الاخرى لا يحقق بينهما مشاركة فيما اوجبه لكل واحد منهما
ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ولم يعرض في الرقبة بشيء صارت الرقبة
ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذلك اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر لان الوصية
شقيقة الميراث من حيث ان الملك يثبت بها بعد الموت كذا في المبسوط **فان قيل** فعلى
من تكون النفقة في هذه الصورة **قلت** قال الامام المرتاشي رحمه الله ولو
اوصى لرجل بدار ولاخر بسكناها فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة تحصل له
والنفقة على العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لاخر على صاحب الخدمة فان مرض ان لم
يستطع معه الخدمة فعلى الموصى له برقبته وان استطاع فعلى صاحب الخدمة وهكذا قالوا

يقال لفلان هذه الدار مرادها ما يحصل في ملكه في المستقبل ويعتبر خروجه من الثلث
وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد اولا ان يوصي بالصوف على ظهر غنمه
والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد
ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بغلة بستانه وان لم
يذكر الابد فان كانت الغنم وقت الوصية موجودة تناولها والا فالقياس ان تبطل
الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له كذا ذكره الامام التمرتاشي
قوله رحمه الله والفرق بين الثمرة والغلة يعني ان الوصية بالثمرة لا
تتناول الثمرة المعدومة اذا كانت الدلالة الزائدة معدومة وهي ذكر الابد في الثمرة
الوصية بالغلة تتناول الغلة المعدومة وان لم يذكر الابد معروفا وذكر في المبسوط
لما كان هكذا لان اسم الغلة حقيقة للموجود والحادث جميعا واما اسم الثمرة فللموجود
حقيقة ولا يتناول الحادث الا مجازا او اذا اوصى له بثمرة بستانه وان لم يقل ابدا
فان كان في البستان ثمرة حين موت الموصي فانما يستحق الموصى له تلك الثمرة ولا حق له
فيما يحدث بعده لان اللفظ انما يستعمل في حقيقته متى لم يحمل على المجاز عنه وان لم
يكن في البستان ثمرة عند موت الموصي فلم يستعمل اللفظ بحقيقته فيجب استعماله في المجاز
ويكون له ما يحدث من الثمار ما عاش بمنزلة الغلة وهو فرق اخر بين الغلة والثمرة
وهو ان الموصى له بالغلة اذا مات بطلت وصيته بخلاف الثمرة اذا ظهرت وصار لها
قيمة ثم مات الموصى له بالثمرة انما تصير لورثة الموصى له لانه عين مال كذا ذكره الامام
التمرتاشي رحمه الله وذكر في المبسوط الوصية بالثمرة اذا استحق الحادث ثم مات
الموصى له فانه فيما يحدث من الثمرة بطلت وصيته لان الثابت له حق الاستحقاق
ولم يملكه بعد موته عنه وان كان موته بعدما اثمر البستان ملك الثمرة لورثته لان
ذلك العين صار مملوكا له فيخلفه وارثه فيه الا ترى انه لو كان باعه في حياته
واحتاجت جاز بيعه وكان الثمن لورثته بعد موته وسقي البستان والخراج وما
فيه من صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار هو كالنفقة في الوصية
بالخدمة وهذا بخلاف ما تقدم اي الوصية بصوف الغنم يقع على حال الوصية يعني
البستان والوصية بالغلة فان الوصية فيهما عند ذكر الابد يتناول الموجود
والحادث والوصية بصوف الغنم لا يتناول الحادث وان ذكر الابد والفرق
وهو ان التناسل في الثمرة والغلة الا يستحق الا الموجود عند موته كما في الاولاد لانه
انما ملكه بالوصية ما هو مملوك الموصي والعين الحادثة بعد موته لا يكون مملوكا
للموصي فلا يستحقه الموصى له ولكنا استحسنا في الثمار التي تحدث فجوزنا استحقاقها بالوصية
عند التنصيص على التابيد لان الوصية اوسع العقود ونقول ان التناسل في مسالة
الصوف واللبن والولد انه يستحق الموجود دون الحادث عند التنصيص على التابيد
لان المحل الذي يحدث فيه هذه الزوائد يحصل للموصي على ملك المستحق له بوصيته
والوصية فيما يحدث منها تصير كالمضاف الى حالة الحدوث فصحت لكنا في الثمار ولهذا
استحسن فقال بما فعل ان الحيوان ليس في معنى الثمار لانه ليس بموجود فلا يصح الحاقه
بالعين بشيء من العقود فكذا في الثمار فلهذا اعتبر في الحادث وهذا جاز عقد المعاملة
وفي شركة في الحائط فيصح اعتبار الوصية فيما يحدث منه عند التنصيص على التابيد
والدليل على الفرق انه لو اوصى بمنفعة انسان او بحمل شاة لم يصح الوصية ولو اوصى
له بصوف او بحمل شاة في بطنها ان لم يعين حملا منها ان يستحق الحمل
وان كان وصف الحمل بما يحتمل التمليك بعقد العقود بخلاف اطراف الحيوان فانه وا
ظهر هذا الفرق فيما هو موجود منها ولهذا كان فيما يحدث ولهذا قلنا في المبسوط ولهذا الولد
العدد ثم ما جاز وهذا الخصوص في اللبن كذا في المبسوط والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

في المراة اذا امرضت ان لم يمكن الاستمتاع بها بوجه ما لا نفقة لها والا فلها النفقة وذكر
في المبسوط ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة لانه انما يمكن من استخدامه اذا انفق
عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة الا بذلك وهو احق بخدمته فلزمته نفقته كالمستعير
فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان اوصى بخدمة عبد صغير لانسان وبرقبته لاخر
وهو يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا ادرك صارت
نفقته على صاحب الخدمة لان بالنفقة عليه في نفقة المدرك على المالك باعتبار الاصل
الا ان يصير حقا للانتفاع الغير به فحينئذ يكون النفقة على المنتفع كالمولى اذا زوج امته
ولم يبوئها بيت الزوج كانت نفقتها على المولى وان بوأها مع الزوج بيتا كانت نفقتها
على الزوج واذا جنى العبد الموصى بخدمته وبرقبته جناية فالفداء على صاحب الخدمة
لان منافعه هو المقصود بالعبد وهو الاستخدام وهو المختص به كالمالك وبالفداء يسلم الخدمة
له ولا يسلم لصاحب الرقبة شيء في الحال فاذا فداه صاحب الخدمة على حاله لانه طهره من الجناية
ومن حيث ان الملك ثابت فيهما اي في الوصية والميراث الموصى بالتحليف والتسليم
وقال التمرتاشي يتجزى من بعض ولا شيء لصاحب الطرف اي للموصى له فلذلك الجواب عند ابي
يوسف رحمه الله اي كان كما اوصى هو لا شيء لصاحب الطرف اي للموصى له فلذلك الجواب
عند ابي يوسف رحمه الله اي كان كما اوصى هو لا شيء لصاحب الطرف في المطروف ولذلك في
احوالها والصواب في اختها لا يستضعف بينهما بالاتفاق على ما اشار الى هذا في الكتاب بقوله
كما في وصيته بالرقبة والخدمة اي لا حظ لصاحب الرقبة في الخدمة بالاتفاق وان كان ذكر
في كلام مفصول انه انما جمع الاحوال باعتبار الاجزاء في المسالتين وهو الخاتم والفص والقوصرة
والتمر كما في وصية الرقبة والخدمة فان هناك المفصول والموصول سواء في الحكم اي المفصول
حكم الموصول ثم باخر تعليل لمحمد رحمه الله عن ابي يوسف رحمه الله في الكتاب وفي المبسوط
ذكر جواب محمد عن ما قاسه ابو يوسف من وصية الرقبة والخدمة واطلاق الرواية والتعليل
على مذهب محمد من غير ذكر خلاف احد في اصول الفقه لشمس الائمة وفخر الاسلام كل ذلك دليل
على ان المعول عليه والماخوذ به قول محمد **قوله** رحمه الله بخلاف الخدمة مع الرقبة يعني لو اوصى
برقبة العبد لانسان وبخدمته لاخر كان كما اوصى وان كان في كلام مفصول ولا يكون الموصى
له بالرقبة من الخدمة شيء انما كان هكذا لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة بخلاف ما
عرفته فان الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا واسم الجارية يتناولها وما في بطنها
واسم القوصرة كذا في المبسوط والدليل على الفرق ايضا ان تصل الخدمة والسكنى والغلة
ملك لصاحب الاصل ولا يعود الى الورثة لانه العدم المانع وقد حصل على ملكه فيكون له
واما في فصل الولد والفص فيكون له رد صاحب الوصية بالجارية الولد ولذلك الفص
والتمر يكون الولد ويكون للورثة ولا يكون لصاحب الاصل ولذلك اذا مات الموصى له
بالولد قبل موت الموصي والدليل على الفرق بينهما ايضا فصل الاستثناء فانه لو اوصى
بالجارية واستثنى ولدها او اوصى بالخاتم واستثنى فصه او اوصى بالدار واستثنى بناها
يبطل الاستثناء ويكون المستثنى للورثة ولو اوصى بالعبد واستثنى الخدمة او بالدار
واستثنى السكنى او بالبستان واستثنى الغلة المعدومة فانه لا يصح الاستثناء لان ذلك
في التخصيص والمعنى ما ذكرنا في اصل الباب ان من صحة شرط التخصيص والاستثناء
ان يكون صدر الكلام متناولا للمخصوص والمستثنى كذا ذكره صاحب الهداية فيمن اوصى
لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وانما قيد بقوله وفيه ثمرة فله
هذه الثمرة لانه اذا لم يكن في البستان ثمرة فالمسالة بحالها كان له الثمرة كما له
الغلة فانه يتناول الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له كما في مسالة الغلة كذا في
المبسوط وحاصل مسائل الباب على اي وجه في وجه يقع على الموجود والحادث
ما عاش الموصى له ذكر الابد اولا وهو ان يوصي بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره
او خدمة عبده لان الغلة لا يتناول الموجود يتناول ما يكون بعرض الوجود في العرف

باب وصية الذمي

ذكر وصية الكافر بعد وصية المسلم لأن الكفار يلحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات
[illegible] ذكر الشيخ بعد ذكر المنوع من المناسبة وأما عند هما فان هذه الوصية
[illegible] من الجملة الى ما يورث بالاتفاق [illegible] على خلاف الترجيح [illegible]
[illegible] الحكم [illegible] الوقف [illegible] ذلك الفعل معصية والانتقال [illegible]
[illegible] المسلم اذا جعل داره مسجدا في صحته [illegible] الى الله [illegible] يورث
[illegible] ان يكون البقعة [illegible] العباد وصار لله تعالى خالصا
[illegible] البيعة لأن البقعة عندهم [illegible] الخلق [illegible] فيها [illegible]
[illegible] الجامع الصغير [illegible] ولو اوصى بداره كنيسة
[illegible] جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله [illegible] ان ابا حنيفة رحمه الله
[illegible] من جعل الذمي داره بيعة او كنيسة [illegible] بان يجعل داره بيعة او كنيسة
[illegible] في الاول [illegible] الجائز [illegible] الثلث وله ان هذه قربة في معتقدهم
وعن [illegible] والذميون [illegible] الاختلاف فيما اذا اوصى بيعا بيعة او كنيسة
في القرى [illegible] ولا يجوز بالاتفاق [illegible] من احداث البيعة في الامصار
[illegible] الجامع الصغير [illegible] الوصية [illegible] الايصا
وهو زوال الملك اي عندهم على مقتضى الوصية وهو زوال الملك [illegible] لا يورث
وهذا في الوصية [illegible] زوال الملك [illegible] الوصية [illegible] عن افادة
[illegible] وهو زوال الملك [illegible] اذا اوصى بما ليس [illegible] فاذا اوصى بما هو
قربة في معتقدهم [illegible] لا يقال كيف يكون
هذا [illegible] الوصي [illegible] على ذلك [illegible] الاحكام [illegible] على ما يظهرون
[illegible] اذا [illegible] الله تعالى [illegible] وان كان [illegible] الكافرين
[illegible] رضي الله عنه اذا اسلموا
[illegible] **قوله** رحمه الله وهو
[illegible] الوصية [illegible] البيعة [illegible] اي صرف
هذا المال [illegible] على طريق [illegible] على طريق
[illegible] رحمه الله [illegible] الوصية [illegible]
[illegible]
[illegible] لا يصح [illegible] لا يكون
[illegible] الله تعالى [illegible]
فلا يصح [illegible] وتعتق [illegible]
[illegible] بالاتفاق [illegible] ويكون صحيحة [illegible]
[illegible] الوصية [illegible] الثواب [illegible]
[illegible] ان المسلم اذا اوصى
[illegible] الوصية [illegible] الثواب [illegible] كذا ذكر صاحب
[illegible] الكتاب على خلاف
[illegible] الوصية [illegible] منها وصية [illegible] الفرق
[illegible] الوصية [illegible] الرقيق [illegible]
واذا [illegible] ورثته
[illegible] الكتاب
[illegible] اذا
[illegible] لأن [illegible] الوصية [illegible] عن ابي حنيفة وابي يوسف

رحمهما الله لا تجوز لأنه من اهل الحرب وفي المبسوط وذكر في الامالي ان قول ابي حنيفة
وابي يوسف لا تصح الوصية من المسلم والذمي من المستامن لأنه وان كان في دارنا صورة
فهو من اهل دار الحرب حكما حتى يتمكن من الرجوع الى دار الحرب ووصية من هو من اهل
دار الاسلام لمن هو من اهل دار الحرب باطلة لأن تباين الدارين تاثير في قطع العصمة
والموالاة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام وقوله في دار الاسلام اي لو اوصى الذمي
في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم تجز لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما كذلك في
المبسوط على ما ذكر فتقبل هذا هو له وكذا لو اوصى اي المستامن مسلم او ذمي بوصية
جاز والله تعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لما ان كتاب الوصايا
يشملها لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس
ومن اوصى الى رجل اي ومن جعل غيره وصيا فقال اوصيت اليه اذا جعلته وصيا والاسم
الوصاية بالكسر والفتح كذا في الصحاح فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلم الموصي وردها
في غير وجهه اي بغير علم الموصي فهذا ادرج في الدخول لأن الميت مضى في سبيله الى ما معتمدا
عليه اي على الوصي بقبول وصايته **فان قلت** ما الفرق بين هذا وهو ما
اذا جعله وصيا يشترط قبول الوصاية في حال حياة الموصي في وجهه وبين ما اذا اوصى
لرجل بثلث ماله او بما لعين حيث لا يعتبر قبول الموصى له الوصية في حال حياة الموصي
حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته لا يصح الرد بخلاف الوصي فانه لو قبل
الوصية في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته لا يصح الرد مع ان كل واحد من الوصيتين
مضافة الى ما بعد الموت **قلت** الفرق بينهما هو ان الايصا الى الغير توكيل الى وقت
في المستقبل جائز فانه اذا قال لغيره وكلتك ببيع عبدي غدا او راس الشهر جاز قياسا
واستحسانا واما الوصية بالمال فتمليك مضاف الى وقت في المستقبل مما يابى القياس
فانه لو قال وهبتك عبدي هذا غدا لم يصح ثم التوكيل المضاف الى وقت في المستقبل
جائز في حال الحياة وصح الايصا ايضا الى صاحب الحال مضافا الى ما بعد الموت واذا صح
الايصا في الحال مضافا الى ما بعد الموت صح القبول في الحياة ايضا فاما تمليك المال مضافا
الى وقت في المستقبل فباطل فيعتبر بابطال الحال واذا اعتبر باطلا للحال صار وجوده
وعدمه بمنزلة وكذلك لم يصح القبول في الحال ولأن الوصية الثابتة استخلاف له
في الولاية واثبات ولاية التصرف للغير فيتم وولاية التصرف جائز الا ترى ان الوكيل
يتصرف عن ولاية مستفادة من قبل الموكل مع قيام ولاية الموكل فصح القبول والرد
في حال حياة الموصي وقيام ولايته واما الوصية له فاستخلاف له في نفس الملك والحكم
يثبت بعد الموت فان ثبوت الملك له وهو ما بعد الموت مع قيام الملك للموصي لا يتصور
فيتعين القبول والرد حال ثبوت الملك وهو ما بعد الموت ولأن المقصود في جعله وصيا
توفير المنفعة على الموصي ودفع الضرر عنه وبعد ما قبل الوصي لو جاز له الرد بعد الموت
تضرر به الموصي لأنه ترك التصرف والايصا الى الغير اعتمادا على قبوله ثم لو صح رده في غير
وجهه يصير الموصي بالقبول كالمغارلة والغرور حرام والضرر مدفوع بخلاف الوصية
بالمال فان هناك وان قبله في حياته فله ان يرده بعد موته لأن المقصود هناك توفير
المنفعة على الموصى له وليس في رده معنى الضرر والغرور في حق الموصي لأنه اذا رده
انصرف المال بل يصير الى وارثه وذلك خير للموصي شرعا وهذه الغرور في الملاية
مستفادة من المختلف والايضاح والمختلف على مذهب الترتيب **قوله** رحمه الله
بخلاف الوكيل يشتري عبدا بغير عينه او يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه هذا الذي ذكر

مخالف لرواية عامة الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع
الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان لانه ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه
عن الوكالة جاز وفي غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة
وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها والفصل العاشر من وكالة التتمة والباب
التاسع والستون من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل
التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضي خان ولكن ذكر في فتاوى قاضي خان في الوكيل
بشراء شيء بعينه فقال والوكيل بشراء شيء بعينه اذا اخرج نفسه عن الوكالة لا يملك
الا بمحضر من الموكل ثم ذكر الامام قاضي خان في الجامع الصغير مع هذا ما يوافق رواية
الهداية فقال بين هذا وبين هذا اي بين الوصي وبين ما لو وكل رجلا ببيع فرد الوكيل
يصح رده سواء رده في وجهه او في غير وجهه لان في الوكالة الموكل قادر على التصرف
بنفسه فلو صح الرد لا يتضرر به الموكل ولا يصير مغرورا والله اعلم بصحته فان لم يقبل
ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الايصاء توكيل
بعد الوفاة معتبر بالتوكيل حال الحياة ومن وكل وكيلا حال الحياة فلم يوجد من
الوكيل قبول اما دلالة ايضا ان شاء رده وان شاء قبل فكذا هذا قلت كان يجب
ان لا يكون له الخيار لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده حال حياة الموصي ترك الميت الايصاء
الى غيره اعتمادا على انه يقبله فاذا رده بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهته
والجواب عنه ان الميت مغتر هاهنا وليس بمغرور لانه كان من حقه ان يسأل عنه انه
يقبله او لا يقبله فاذا لم يفعل ذلك وبنى الامر على انه يقبله بعد موته ولم يوص الى
غيره صار مغترا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الموصى بخلاف ما اذا قبل لانه لما قبل
في حياته ترك الميت الايصاء الى غيره اعتمادا على قبوله فلو ملك الرد بعد وفاته يصير الميت
مغرورا من جهته والغرور منفي كذا في الذخيرة فلو باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك
دلالة الالتزام والقبول وهو يعتبر بعد الموت كصريح القبول وكذلك اذا باع بعض تركة الميت او اشترى
للورثة بعض ما يحتاجون اليه او اقتضى مالا او قضاه لزمته الوصية لوجود دليل القبول
في الوصاية كالمشروط له الخيار اذا وجد منه ما يدل على الاجازة او الفسخ كان ذلك
بمنزلة التصريح بذلك والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لبريرة رضي الله عنها
ان وطئك زوجك فلا خيار لك كذا في المبسوط واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالارث
وهذه المسألة تحتاج الى التقسيم وتمامها ان الوصاية لما كانت خلافة كالارث صح بيعه
كبيع الوارث بعد موت المورث واذا صح البيع صار كأنه حكما بعقد البيع فلا يملك
رده بعد ذلك كذا في الذخيرة وقد بينا حديث العلم وشرط الخبر فيما تقدم من الكتب
وفي تلك الكتب هو ما ذكره في فصل المتفرقات بالمواريث من فصول كتاب ادب القاضي
يذكر هناك هذا الفرق الذي ذكره هنا ووجه التبليغ فقال ومن اعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي ودفع الاول
للضرورة الاولى وهو اعلى او لا يعني لما قال لا اقبل لا يبطل الايصاء ولم يرد لانه لو بطل
لوقع الموصي في الضرر والضرر واجب الدفع وان كان في لزوم الايصاء نوع ضرر على الموصى
ولكن هذا الضرر ادنى من ذلك الضرر لان هذا مجبور بالثواب وذلك غير مجبور بشيء
كذا ذكره الامام الكشاني الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك اي يصح اخراج
القاضي وهذا استثناء عن قوله صح قوله لا اقبل فلة ذلك يعني لو رد الوصي الوصاية فقال
لا اقبل ثم قال اقبل جاز قبوله الوصاية الا اذا كان القاضي اخرجه حين رد الوصاية
حينئذ لا يصح قبوله بعد ذلك وذكر في ادب القاضي الصدر الشهيد رحمه الله في باب ما يكون قبولا

لعل الواو زيادة من الناسخ

للوصية

[illegible]

من لا يتحقق اجتماعهما عليه الا يرى انهما وان حضرا لم يتكلم الا احدهما لانهما لو تكلما جميعا لم
يفهم القاضي كلام كل واحد منهما ولهذا ملك احد الوكيلين الخصومة والتفرد بها لان الموكل
ما رضي بتصرفه ولا يكون للوصي ان يوصي بما يعلم ان الموصي لم يرض به وقال الشافعي رحمه
الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول بحال وقال ابن ابي ليلى رحمه الله لا يكون وصيا
في تركة الميت الاول الا ان يوصي اليه بوصية الاول كذا في المبسوط وال الحد في المعتبر حتى
كان له ولاية تزويج الصغار والصغاير واستيفاء القصاص وكذا لو اوصى في اسفل اليه لانه
خلف الى الاول وباعتبار هذا الخلافة يحصل الاول قائما حكما والحكم يعمل كالاصل ومن شرط
ثبوت الخلافة اعدام الاصل وعند الموت كانت له اي عند موت الموصي كانت للوصي ولاية
في التركتين اي في تركة نفسه وتركة موصيه اي في حال حياة الموصي الاول وهو حي بعد
باعتبار انه مالكه وفي حال موصيه باعتبار الوصية اليه بكذا لك الوصية وكانت تسمية
التركة لمال الموصي الاول وهو حي تعتبر باعتبار ما يول اليه امره ولا يرضى بتوكيل غيره ولا   يصا
اليه اي لا يرضى الموكل بتوكيل الموكل عنه ولا بايصا الوكيل الى غيره ومقاسمة الوصي الموصى
له عن الورثة جايزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطل يعني ورثة صغار او اربابي
كبار غايب حاضرا است وصورت ادن وصي بورثه صغار رقسمت كرد ان وصي مر تركه را با موصى له ايد
اي موصى له غايب باحاضر باطل است اعلم ان فايدة الجواز والبطلان انما يظهر في حق
الرجوع على من وقع حقه في يده وعدم الرجوع المتمحض ان مقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة
لما جازت لما يرجع الورثة عن الموصى اله لما لم تجز كان الموصى له ان يرجع على الورثة بثلث
ما في ايديهم اذا هلكت حصته في يد الموصي فكان معنى عن قوله عن الورثة اي نايبا عن الورثة
ولذلك في قوله عن الموصى له صورته ان رجلا لو اوصى الى رجل اخر بثلث ماله وله ورثة
صغار فقاسم الوصي الموصى له واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة
على الورثة حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء لان ولاية نافذ
على الورثة الصغار وعلى حفظ مال الكبار والموصى له خصم والقسمة يقع بين الخصمين ونفذت
القسمة واما في عكسه وهو ان يكون الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غايبا فقاسم
الوصي مع الوارث واعطى الوصي الوارث حقه وامسك الثلث للموصى له لم ينفذ القسمة
على الموصى له حتى لو هلك ما في يده كان للموصى له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم لانه
لا ولاية للوصي عليه الى هذا اشار في الايضاح وغيره وذكر الامام المحبوبي مختارا الى المبسوط
شيخ الاسلام ان مقاسمة الوصي الموصى له على الورثة لم يمكن لهم الرجوع بشيء على الموصى له
لان للوصي ولاية على الورثة الا يرى انه له بيع نصيب الصغار من العقار والمنقول جميعا
اما لو كانت الورثة كبارا فليس للوصي ولاية البيع على الكبار الغايب في العقار وله ولاية
بيع المنقول عليه وكذا في القسمة اذ القسمة نوع بيع ولهذا لك قلنا اذا كانت الورثة كبارا غيبا
كانت مقاسمة الوصي الموصى له في يد الموصي ونفيت حصة الورثة كان للموصى له ان يرجع بثلث
ما بقي في يد الورثة ان كان قايما في ايديهم **قوله** رحمه الله لان الوارث خليفة الميت
حتى يرد بالعيب ويرد عليه كالميت لو كان حيا يعني لما كان الوارث قائما مقام الميت يصح ان يجعل   يقوم مح
الوصي مقام الوارث عند عجز الوارث عن المقاسمة وهو فيما اذا كان صغيرا او غايبا حكما فقام
الوصي مقام الوارث في تمليك ملك الميت عن الوصية كانت مقاسمة الموصى له مع الموصي بمنزلة
مقاسمته مع الوارث ولما صحت المقاسمة صار هلاك نصيب الوارث في يد الوصي بعد القسمة
كهلاكه بعد قسمة الوارث بنفسه مع الموصى له فلا يرجع الوارث على احد واما الموصى له
لما لم يكن خليفة الميت بل يحصل له ملك مبتدا ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يكن الوصي
له قائما مقام الميت والوصي قايم مقام الميت فلا ينوب الوصي على الموصى له حال غيبته فلذلك
لم ينفذ مقاسمة الوصي مع الورثة لاجل الموصى له حتى لو قاسم وهلك ما افرزت للموصى في يد
الوصي من نصيب الموصى له كان له ثلث ما بقي في يد الورثة نيابة عن الموصى له كان ينبغي

اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد وقال ابو يوسف رحمه

[illegible]

[illegible]

ان يضمن الوصي عند الهلاك للموصى له لانه تصرف في نصيبه بالمقاسمة وليس له ولاية ذلك
التصرف شرعا فاذا هلك المال بعد ذلك العمل الذي هو غير مشروع يضمن كما لو تعدى على المال
واستهلكه **قلت** الامر لا يخلوا اما ان هلك ما في يد الوصي الذي هو نصيب الموصى
له او هلك ما في ايدي الورثة فان هلك ما في يد الوصي فلا يضمن لان الوصي امين فيه
كما كان امينا فيه قبل المقاسمة ولم يفعل في نصيب الموصى له شيء سوى انه افرز نصيبه من
نصيب الورثة وامسك في يده كما كان يمسكه قبل الافراز والافراز للحفظ ليس بتعد فلا
يضمن بكون هلاكه نفسه بعد الافراز عين له هلاك نصيبه قبل الافراز ولو هلك قدر
نصيبه قبل الافراز كان ينتقل به نقل قدر نصيبه الى ما بقي من المال وكذا ها هنا ينتقل قدر
نصيبه الى ما اعطى الورثة ثم ان كان ما اعطاهم باقيا في ايديهم كان للموصى له بالخيار ويضمن
الحصة التي دفعها الوصي الى الورثة اليهم بالخيار حتى لو هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له
ان يضمن الوصي شيئا لبقاء حكم الامانة في المال لما شنا ارادبه قوله لان الموصى له شريك الوارث
وان كان اوصى المستحجة فقاسمة الورثة فهلك اي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده
اي ما في يد الحاج او الوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكورين صريحا عن الميت من ثلث ما بقي وهو
الذي افرزه الوصي للورثة صورته ما ذكره الامام قاضي خان رحمه الله في مناسك الحاج من
الصغير فقال مثاله اذا مات الرجل وترك اربعة الاف درهم واوصى بان يحج عنه وكان
مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصي الفا ودفعها الى الحاج عنه فسرقت في الطريق في قول ابي حنيفة
رضي الله عنه يوخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يوخذ ثلث ما بقي
مرة اخرى هكذا وعند ابي يوسف رحمه الله يوخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاث
وثلاثون وثلث فان سرقت ثانيا لا يوخذ مرة اخرى وفي قول محمد رحمه الله اذا سرقت الالف
الاولى بطلت الوصية ولا يوخذ منه مرة اخرى سواء الحاج بقي من الثلث الاول شيء او لم يبق
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان ما هلك قبل تنفيذ الوصية وحق الوارث ما بقي بعد تنفيذ
الوصية فما هلك قبل ذلك كان لم يكن الا ترى انه لو اوصى بثلث ماله لرجل فبعثوا به الى الموصى له
فهلك في الطريق او سرق قبل ان يصل اليه يعطى له ثلث ما بقي وجعل الاول كان لم يكن وما قال
بان فيه اقتسام المال على الورثة جوابه ما قلنا ان حق الوارث ما بقي بعد تنفيذ الوصية
ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها اي دفع الالف الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له
غائب لقسمته اي فقسمة القاضي جائز بخلاف قسمة الوصي مع الورثة حال غيبة الموصى له
فانها باطلة على ما مر وما وقع للخوارزمي على ما ذكرنا انا في القاضي فهلك حصة الغائب لا يرجع
على الورثة بشيء ثم الفرق بين القاضي والوصي هو ان للقاضي ولاية على الغائب فيما يتعلق
وهذا يملك بيع ما يخشى عليه التوى والتلف وكان قسمة القاضي كقسمة الموصى له لما ان القاضي
نصب ناظرا للمسلمين ولمن يعجز عن تنفيذ امره وفي قسمة ذلك بخلاف الوصي لانه لا ولاية
له على الموصى له ولهذا لا يملك بيع شيء من ماله ولا ينفذ قسمته عليه اليه هذا اشار الامام
قاضي خان وذكر الامام المحبوبي ان هذا الذي ذكره في الجواب وهو جواب مقاسمة القاضي
واشال نصيب الموصى له فيما اذا كانت التركة مما يكال ويوزن لان القسمة مما يكال
او يوزن تمييز وليس بمبادلة حتى ينفرد احد الشريكين من غيره قضاء ولا رضاء ويجوز لاحدهما
ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن لا يجوز لان القسمة
فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة واذا باع الوصي عبدا من التركة
لغير محضر من الغرماء فهو جائز وانما ذكر هذه المسالة لتعرف شبهه وبين ما اذا باع المولى او
وصيه عبده المأذون المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغرماء العبد
هنالك حقا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان البيع مبطلا حق الغرماء فلا ينفذ
بغير اجازتهم واما ها هنا فليس لغرماء الميت حق في استسعاء العبد لا حقهم في استسعاء
الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغرماء بل محققا له لان حقهم في الدراهم والدنانير

٨

وأشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية بعد أداء الشهادة عسى أن يشهد بجميع
ذلك فيلزمون شاهد زور وكان الاحتياط أن يكتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشرى على
حدة يكتب في أول البياض صك الوصية ويشهد على ذلك ثم يكتب في آخر صك الشرى فيه
ويشهدون لذلك في الوكيل ولا يكتب من فلان وصي فلان لما قلنا وهو من له لأن ذلك أحوط
إلى آخر لأنه لو كتب اشترى من فلان وصي فلان جاز أن يتحمل هؤلاء الشهادة تلك الشهادة
الذي حضر شراؤه ولم يحضر وصايته ومع ذلك لو شهد بقوله وصي فلان كانت شهادة
شهادة زور في حق الوصاية فكان الأحوط ما ذكرنا من رواية الجامع الصغير لقاضي خان
وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار وإنما استثنى العقار ولم يجز البيع
على الكبير لأن الوصي يملك بيع العقار على الصغير في جواب السلف مطلقا وفي جواب
المتأخرين مقيدا بأحد الأمور الثلاثة على ما ذكر في الرحيمي وقال في الأصل إن الوصي
إذا باع التركة فهو على ثلاثة أوجه إما أن يكون الورثة صغارا كلهم أو كبارا أو صغارا
وكبارا فإن كانت الورثة صغارا كلهم فإن الوصي يبيع كل شيء من تركة الميت منقولا أو عروضا
أو عقارا سواء كانوا أصحاء كلهم فإن الوصي يبيع كل شيء من تركة الميت دين أو لم يكن لكن
إنما يبيع بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله هذا الذي ذكر
أن الوصي يبيع عقار الميت ذلك جواب السلف فأما المتأخرون قالوا إنما يجوز للوصي بيع
عقار الصغير إذا كان على الميت دين أو وفاء له إلا من العقار أو يكون للصغير حاجة إلى
ثمن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وإن كانت الورثة كبارا كلهم فهو
على وجهين إما إن يكونوا حضورا فإن لم يكن على الميت دين لا يملك التصرف في التركة
أصلا ولكن يقضي ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة فإن كان على الميت
دين فإن كان الدين محيطا بالتركة أجمعوا على أنه يبيع كل التركة بقدر الدين وأما فيما
زاد على الدين اختلفوا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله يبيع وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع
وأما إذا لم يكن على الميت دين ولكن الميت أوصى بوصايا فإن كانت الزمن ذلك وإلا بعد
بقدر الثلث وما بقي فهو للورثة فلو أراد أن يبيع شيئا من التركة لتنفيذ الوصية أجمعوا
أنه يبيع بمقدار الوصية وأما فيما زاد اختلفوا على الوجه الذي اختلفوا في قضاء الدين
وهذا إذا لم يقض الورثة الدين ولم ينفذوا الوصية من خالص ملكهم فأما إذا قضوا ونفذوا
لم يبق للوصي ولاية بيع التركة أصلا والوجه الثاني إذا كانوا غيبا فإن لم يكن في
التركة دين ولا وصية فإنه يبيع المنقول لأن بيعه من جملة الحفظ ولو خيف هلاك
ثمن العقار هل يملك بيعه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يملك استدلالا بالمنقول
وقال بعضهم لا يملك وهو الأصح لأن الدار لا تهلك غالبا فإن كانت التركة مشغولة بالدين
فإن كان الدين مستغرقا يبيع بقدر الدين من العقار والمنقول وهل يبيع الزيادة إن كان
الدين غير مستغرق فيبيع بقدر الدين من العقار والمنقول وهل يبيع الزيادة إن كان منقولا
يملك البيع وإن كان عقارا فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما لا يبيع وإن كانت الورثة بعضهم
كبارا وبعضهم صغارا فهو على وجهين أيضا إن يكون الأول الكبار غيبا فإن كانت
التركة خالية عن الدين وعن الوصية للوصي بيع المنقول بالإجماع وله بيع حصة الصغار
من العقار وهل يبيع حصة الكبار فعلى الخلاف الذي مر وإن كانت التركة مشغولة بالدين
أو الوصية إن كان الدين مستغرقا يبيع العقار وحضورا فإن كانت التركة خالية عن الدين
فإنه يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع وهل يبيع حصة الكبار فالمسألة على الخلاف
وإن كانت التركة مشغولة بالدين فإن كان الدين مستغرقا فإنه يبيع الكل وإن كان الدين
غير مستغرق يبيع بقدر الدين وهل يبيع الزيادة فالمسألة على الخلاف والأصل عندهما أن
الولاية ينعقد بعقد سببها وسبب الولاية للوصي عجز الوارث عن التصرف وعن الحفظ بنفسه
والصغير عاجز عن التصرف والحفظ بنفسه والكبير إذا كان حاضرا قادر على التصرف والحفظ

[illegible]

لنفسه فلا حاجة الى اثبات حاجة الموصي واذا كان غايبا فهو قادر على التصرف من حيث
هو وبيع المنقول من جملة الحفظ لانه يخشى عليه التوى والتلف فتثبت له ولاية بيع المنقول للغايب
من حيث انه حفظ اما العقار فمحصنة بنفسها فلم يكن بيعها من جملة الحفظ وانما ان يكون
بيعها من حيث التصرف وليس للوصي ولاية التصرف في مال الكبير وان كان غايبا والاصل
عند ابي حنيفة رحمه الله انه تثبت للوصي ولاية بيع التركة ثبتت له ولاية بيع الباقي فان
كان الوصي كما يملك بيع نصيب الصغير من المنقول يملك بيع نصيب الكبير الغايب الا ان
كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط بعد ما ذكر هذا الاختلاف فقال ابو حنيفة رحمه الله
استحسن فقال لما ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في الكل فان الولاية بسبب الوصاية
وهي لا تحتمل التجزي وهذا لان في بيع البعض اضرارا بالصغير والكبير جميعا لانه يتعيب
به نصيب الكبير والاشقاص لا تشترى بما لا تشترى الجملة فكان في بيع الكل توفير المنفعة
عليهم وللوصي ولاية في نصيب الكبير فيما يرجع الى توفير الشفقة عليه الا ترى انه يملك
الحفظ وبيع المنقولات حالة غيبته لما فيه من المنفعة له قوله رحمه الله ووصي
الاخ في الصغير والكبير الغايب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغايب وكذا وصي الام والعم
وهذا الجواب في تركة هولاء اي في تركة الام والاخ والعم وانما قيد بقوله وهذا الجواب
في تركة هولاء لان نصيب الام والاخ في تركة الاب والصغير ليس كوصي الام بما انه ذكر
في الذخيرة بعد ما ذكرنا منها في تصرف وصي الاب فقال هذا هو الكلام في وصي الاب اما
وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن الاب العقار والمنقول في ذلك
سواء لان وصي الام بمقام الام والام حال حياتها لا تملك على الصغير بيع ما ملكه الصغير العقار
والمنقول المشغول بالدين والخالي عن الدين سواء كان موروثا للصغير من جهة الام
ان كان خاليا عن الدين والوصية بيع المنقول ولا بيع العقار لانه لا ولاية للوصي على
الصغير من جهة الام ان كان خاليا عن الدين والوصية بيع المنقول ولا بيع العقار
لانه لا ولاية للوصي على الصغير وانما له حفظ التركة على الميت لو لم يتم ان يظهر على الميت
دين وبيع المنقول واما بيع العقار فليس من جملة الحفظ وان كانت التركة مشغولة
بالدين او بالوصية ان كان الدين مستغرقا فله ان يبيع الكل ويدخل بيع العقار في ولايته
وان لم يكن الدين مستغرقا يبيع بقدر الدين وهل يبيع الزيادة على قدر الدين فعلى
الاختلاف الذي ذكرنا وكل جواب عرفته في وصي الام فهو الجواب في وصي الاخ والعم
لانه لا ولاية للام على الصغير في المال وكذا لا ولاية للاخ والعم على الصغير في المال ايضا
وذكر في ادب القاضي للصدر الشهيد في باب ما يجوز من فعل الوصي واما وصي الام ووصي
الاخ بان ماتت المراة وتركت ابنا صغيرا او وصت الى رجل او مات الرجل وترك اخا
صغيرا او اوصى الى رجل فلهذا الوصي ان يبيع ما ترك من العروض وليس له ان يبيع ما ترك
من العقار لان لهذا الوصي ولاية الحفظ دون التصرف وبيع العروض من جملة الحفظ لانه
يخشى عليه التلف والتوى واما بيع العقار فليس من جملة الحفظ كما ذكرنا انه محصن بنفسه
عرانه تقدم عليه وصي الاب في التصرف كما بينا وهو قوله ولنا ان الايصاء نقل ولاية الاب
اليه الى اخره والله اعلم فصل في الشهادة لما لم تكن الشهادة في الوصية
امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها هاهنا من مسايل الغريمان لهما على الميت
دين والغريمان للميت عليهما دين والوصي لهما والموصى اليهما والوارثان فيه لانهما متهمان
والشهادة ترد بالتهمة وقوله يجر لا اجر لهما ديه حقهم ولا اقرب والمراد من المرتبة المتهم الا
ان يدعيها المشهود له فيجوز الشهادة استحسانا قوله رحمه الله وهذا استحسان
اشار الى الحكم المستثنى وهو جواب ان الشهادة عند الدعوى وهو في القياس كالاول
اي الحكم المستثنى الذي هو ادعاء المشهود له الوصاية كحكم المستثنى منه الذي هو انكار المشهود
له الوصاية اي ان الشهادة باطلة في الصورتين يعني صورتي انكار المشهود له الوصاية له ووصول

في الشهادة بشرط المشركة فمن الوجه الرابع اصطلحوا فيه وهو الشهادة بالدين فهو الذي
يحل فيه وجه القول ان الدين يحيط في الذمة وكذا الوصية [illegible] الشركة وعدم القول
[illegible] المشركة وهذا لان كل فريق انما يشهد للفريق الاخر بالدين في ذمة الميت ولو شهدا
بذلك في حياته كانت الشهادة مقبولة وكذا اذا اشهدا بعد موته وهذا لان الدين [illegible]
لا يتحول من الذمة الى التركة الا ترى ان التركة لو هلكت لا يسقط شيء من الدين وان الوارث
ان يستخلص التركة بقضاء الدين من محل اخر [illegible] بخلاف الوصية فان حق
الموصى له يثبت في عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة ولو اراد الوارث ان يستخلص التركة
لنفسه ويقضي حق الموصى له من محل اخر لم يكن له ذلك [illegible] شيئا كان
[illegible] التركة [illegible] فكان كل فريق [illegible]
[illegible]

باب الخنثى

[illegible]

بقناع لانه اقرب الى الستر ولانه وان كان رجلا فالقناع لا يمنع الجواز وان كانت انثى
فانها مامورة بالتقنع في صلاتها اذا كانت مراهقة فعند الاشتباه يترجح هذا الجانب كذا
في المبسوط فعلم بهذا ان ما ذكر من الاستحباب فيما اذا كان مراهقا واما اذا كان
بالغا بان يبلغ بالسن ولم يظهر شيء من علامات الرجال ولا النساء لا تجزيه الصلاة
بغير قناع اذا كان الخنثى حرا فانه يحتمل ان يكون ذكرا فتجزيه الصلاة ويحتمل ان يكون انثى
فلا تجزيها الصلاة بغير قناع لان الراس من الحرة البالغة عورة والصلاة متى جازت
من وجه وفسدت من وجه يحكم بالفساد احتياطا فاذا جازت من وجه وفسدت
من وجه اولى كذا في الذخيرة ويجلس في صلاته جلوس المراة معناه ان يخرج رجليه من
جانب ويجلس باليتيه على الارض ولان ذلك اقرب الى الستر ولان الرجل يجوز له
ان يفعل كذلك حالة العذر واشتباه الحال كذا في المبسوط والذخيرة وان لم يعد اجزاه
هذا محمول على حالة المراهقة واما حالة البلوغ بالسن فالحكم هو الاعادة على ما ذكرنا من
رواية الذخيرة والى هذا ايضا اشار في المبسوط وقال ولو صلى بغير قناع فيستحب ان يعيد
لم امره بالاعادة لان اسوا حاله ان يكون انثى والمراهقة اذا صلت بغير قناع لم تؤمر
بالاعادة استحسانا ثم قال وفي بعض النسخ وان كان بالغا فصلى بغير قناع امرته بان
يعيد بطريق الاحتياط ولكن لا يستقيم هذا مشكلا بعد البلوغ ولم يتعرض فيه انه
بطريق الاحتياط فيه على وجه الاستحسان او على وجه الوجوب فالظاهر هو الوجوب
[illegible] ويبتاع له امة تختنه وفي بعض الروايات تحسبه والصحيح هو الاول
لانه ذكر في تاج المصادر والاحباء [illegible] وهذا ايضا ذكر في المغرب
وفي الختنت الصبي ختنا واختتنوا ان هو ختن نفسه كان صحيحا وقوله لانه يباح
للمملوكة النظر اليه رجلا كان او امراة وهذا التعليل وان كان صحيحا في حق المراة لان
الامة لا يباح لها النظر في مواضع العورة مطلقا لانه ذكر في استحسان المبسوط لان الامة
ان تنظر الى مولاها كالاجانب فعلم بهذا انه لا تاثير هذا الى المملوك في اباحة النظر الى سيدته
والاولى في التعليل هاهنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال في الذخيرة لانه
متى اشترى المولى جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى فان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة
الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم
بهذا ان شرا الجارية على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس احق
من نظر الى خلاف الجنس لا ان يكون للمملوك تاثير من اباحة نظر المملوكة الى سيدها
فان قيل لم لم يقل بانه يزوجا له امراة بمهر يسير مع وجود المعنى الذي ذكر
في الامة موجود هاهنا فان الخنثى لو كان ذكرا كانت هذه امراته وان كانت انثى كان
فيه نظر الجنس الى الجنس حتى لا يحتاج الى شرا الجارية بالمال الكثير قلت تزوج المراة
للخنثى لا يفيد اباحة الختان لان النكاح موقوف قبل ان يستبين امره يحتمل ان يكون ذكرا
فيجوز النكاح ويحتمل ان يكون انثى فلا يجوز فاذا كان مشكل الحال كان النكاح موقوفا
والنكاح الموقوف لا يبيح افادة النظر الى الفرج فلذلك لم يقل يزوج له امراة مالها حتى
تختنه هكذا ذكر الشيخ الامام شيخ الاسلام في شرحه وذكر امام الائمة الحلواني رحمه الله
انما لم يقل تزوج له امراة بمالها لانه لا يتيقن بصحة نكاحه حتى يتبين امره ولكن نقول مع هذا
مستقيما لان الخنثى ان كان امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا
فهو نظر المنكوحة الى زوجها وتعرض مشايخنا لو انا لم نقل محمد رحمه الله ذلك لان
تلك المراة تبقى معلقة اذا لم يصل اليها فانه لا يمكن التفريق بينهما لانه صبي ولا يصل الى
حقها في الجماع بل يوجل كذا في الذخيرة ويكره في عبارته لبس الحرير والحلي ولبس في قوله
من جنايته زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة
لقائل ان بعد الموت او وجد ذلك اللباس لا لبس ولو كان ذلك بعد الموت كانت الكراهة للبس

[redacted]

اذا شرعا في صلاتهما [illegible]
على الاعادة [illegible]
قلت ها هنا
وجنا الصبي والصبية

بقناع

[illegible]

لا للميت سوى انه اتبع في ذلك لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه
المسألة بعد ذكر تخيير للخنثى اذا مات فكان موقع هذه المسألة مقابلة ذلك مكان ذكر
الحياة هناك في هذه المسألة لتبيين المقابلة للمعتقد وانما كان هذا لان النبي عليه الصلوة
والسلام انما اباح لبس الحرير بشرط الانوثة للاناث بقوله عليه الصلوة والسلام هذان
حرامان على ذكور امتي حل لاناثهم وهذا الشرط غير معلوم في حق الخنثى وما تردد بين
الحظر والاباحة يترجح معنى الحظر منه لقوله عليه الصلوة والسلام الحلال بين والحرام
بين وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وترك لبس الحرير لا يريبه ولبس الحرير
يريبه يوضحه ان الاجتناب فرض والاقدام على المباح ليس بفرض فكان الاحتياط في تركه
لنفسه في ما يكون واتقاء الحرام ان كان رجلا وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء
اي اذا كان مراهقا حتى يتبين امره لتوهم ان يكون امرأة والمرأة عورة مستورة وهذه
المسألة تدل على ان نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى
الرجل والمعنى لا ينكشف للنساء فانه ليس المراد من الانكشاف ابدا موضع العورة لان
ذلك لا يحل لغير الانثى ايضا ولكن المراد ان يكون الخنثى في ازار واحد وفي هذا الفصل اي
في نظر المرأة الى المرأة روايتان ذكرناهما في الاستحسان وان يخلو به غير محرم من رجل
او امرأة لقوله عليه الصلوة والسلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس بينهما سبيل فان
ثالثهما الشيطان ولانه اذا خلا الخنثى برجل من الجانبين انه امرأة فيكون هذا خلوة رجل
بامرأة اجنبية واذا خلا بامرأة من الجانبين ان يكون خلا بامرأة اجنبية والمراهقة
في المنع من هذه الخلوة كالبالغة لان المنع لخوف الفتنة ولذلك يكره ان يكون خلا بامرأة
اجنبية ان يسافر معه امرأة محرما كان او غير محرم لانه من الجانبين ان يكون انثى فيكون هذا سافر
امرأة بغير محرم لها وذلك حرام وان كان انثى يكره له تركه اي ترك لبس المخيط فان
المرأة في احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الانكشاف بلبس الازار والرداء لا يمكن ترجيح
احدهما بغير حجة يتوقف فيه وقال لا علم لي بلباسه وقال محمد يلبس لباس المرأة اي
يلبس المخيط ولا امر كه لان ترك لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر واستثناه
اخوف من ان يبلغ لا عذار واما ترك المرأة الستر للمرأة بغير جائز في حال من الاحوال ولبس المخيط
اقرب الى الستر وهي حالة المرأة على الستر كما في غير حالة الاحرام لان الحنث لا يثبت بالشك
لان مع الاشكال لا يتيقن وجود الشرط والمعلق بالشرط لا يترك ما لم يوجد الشرط حقيقة
فكان هذا نظير ما لو قال ان لم ادخل اليوم الدار فعبده حر فمضى اليوم ولا يعلم ادخل او لم
يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى فكذلك هاهنا وقوله لما بين اشار الى قوله لان الحنث
لا يثبت بالشك وان قال يا لقولين اي بالجانبين جميعا بان قال كل عبد وامة لي فهو حر
لانه عند الجمع بين الجانبين ثبت وله ما يجري اللفظين وعند الانفراد لا يتيقن بذلك
لانه دعوى بخلاف قضية الدليل لان الدليل يقتضي ان يبقى مشكلا لعدم امكان ترجيح احد
الجانبين على الاخر فكان هو مجازفا انما يخبر عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم به
غيره هذا كله من المبسوط وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله وانما قال بلفظ ينبغي لانه
لم يذكر هذه المسألة في المبسوط ولم يتعرض لهذا الحكم وذكر في الذخيرة ان قال هذا الخنثى
المشكل انا ذكر او انثى كان القول قوله وهذا لان الانسان امين في حق نفسه والقول
قول الامين فيما لم يعرف خلاف ما قال لا ترى ان المعتدة اذا قالت انقضت عدتي وانكر الزوج
كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها بان قالت ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة واما
لم يعرف كونه مشكلا فقد عرف خلاف ما قال وعرف انه مجازف فيما قال لانه لا يعرف
من نفسه اذا كان مشكلا الا ما يعرفه غيره قوله رحمه الله ان يحل الغسل غير ثابت
من الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وغسل المرأة الرجل غير ثابت منهما وذلك ان النظر
الى العورة حرام وبالموت لا ينكشف هذه الحرمة الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة اباح

النظر

بعلم ان ما ذكره في الكتاب من الحاقه قول محمد بقول ابي يوسف بقوله وقالا للخنثى نصف
ميراث انثى وهو مخالف لهذه الروايات **فان قلت** لا اذلك في عامة روايات الكتب دليل
على ان محمدا مع ابي يوسف في حكم هذه المسالة لانهما يفسران قول الشعبي وهو منظور في
عامة الكتب هنا بعد ما ابعض في قول الشعبي بان للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
انثى وان اختلفا في تخريجه وكان تفسير كل واحد منهما مذهبا كذلك المعتبر فانه ان لم
يكن له ذلك فانه حاجة الى تفسير قوله لحمد ما ذكر في الكتاب لا يكون مخالفا لما ذكر
في عامة الكتب **قلت** اذا حمد ذلك هو قول ابي يوسف وليس بهو كذلك في قول محمد
بل تفسيره راجع الى ما حمل قوله ذلك الوجه عند محمد لا ان يكون ذلك **قوله** رحمه الله
وبه صرح في المبسوط بعد ما ذكر تفسير محمد قول الشعبي رحمه الله فقال وقد فسر محمد قول
الشعبي بهذا ولم ياخذ به بعد ذكر تفسير ابي يوسف رحمه الله وقال بعض وانشاد في
الاصل الى رجوع ابي يوسف الى التفسير الذي ذكر محمد رحمه الله لقول الشعبي قالوا وهذا
غلط والصحيح ان رجوعه الى التفسير الذي ذكره ابو يوسف فانه رجع الى قول ابي يوسف
الشعبي ثم فسره بما ذكرنا عنه قال محمد رحمه الله المال سهما على اثنا عشر سهما فتقديم قول
محمد من تاخير تعليله يدل على ان المختار عند المصنف قول محمد رحمه الله سهمان وقول محمد
من تاخير تعليله يدل على ان المختار ظاهر ان الخنثى ان كان ذكرا فالمال بينهما نصفين
وان كان انثى فالمال بينهما اثلاثا فيعطيه نصف كل حالة فاحتجنا الى حساب يقسم
نصفه نصفين وثلثه بصفين واقل ذلك اثنا عشر فان كان الخنثى ذكرا فله ست من اثني
عشر وان كان انثى فله اربعة فاما ان يقول له نصف اربعة وهو سهمان ونصف ستة
وهو ثلاثة فذلك خمسة وللابن نصف ثمانية ونصف ستة فيكون له سبعة او نقول
الثلث متيقن للخنثى وهو اربعة وما زاد على ذلك تمام النصف وذلك سهمان ثبت في
حال دون حال فينتصف فيكون له خمسة والباقي وهو سبعة للابن وقد فسر محمد قول
الشعبي بهذا ولم ياخذ به وقال ابو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن اربعة
وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والانثى يستحق ثلاثة الارباع في
حال ان وفي حال نصفه وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون هو
ثلاثة ارباع ابن فكانه اجتمع ابن وثلاثة ارباع ابن فيجعل ذلك ربع من الابن سهم فللابن
الكامل اربعة اسهم وللخنثى ثلاثة ارباع ابن ثلاثة فذلك سبعة او يقول ان الله تعالى
جعل للذكر مثل حظ الانثيين فكان الذكر بمنزلة الانثيين واحدى الانثيين في حق الخنثى
معلومة والاخرى ثابتة في حال دون حال فيتنصف فيكون الانثى بمنزلة انثى ونصف
ولو تصور اجتماع بنت ونصف مع ابن فانه يكون المال على سبعة اسهم للابن اربعة وللبنت
ونصف ثلاثة فهاهنا يقسم المال على سبعة اسهم كذا في المبسوط وحاصله ان على قول
محمد للخنثى خمسة من اثني عشر وعلى قول ابي يوسف ثلاثة من سبعة مع اتفاقهما على ان قول الشعبي رحمه
الله للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى ثم التفاوت بين تخريجهما على ان على تخريج
ابي يوسف ما كان يخرج نصيب الخنثى اكثر مما يصيبه على قول محمد فان ثلاثة من سبعة اكثر من
خمسة من اثني عشر لانا لو ردنا بضعف سبع على ثلاثة اسباع يجب نصف المال والخمسة لا يصير
نصف المال الا بزيادة سهم من اثني عشر وهو نصف السدس ونصف السدس اكثر
من نصف السبع فثبت ان ما قاله ابو يوسف انفع للانثى والطريق الواضح فيه ان يضرب
السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما فيصير المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب خمسة من
كان له شيء من السبعة فيكون خمسة وثلاثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين
ثم اعرف سهما كذا قاله الامام مولانا حميد الدين رحمه الله ثم هاهنا مسائل تتعلق بالخنثى
وهي لم تذكر في الكتاب وذكر في المبسوط وان قبله رجل بشهوة لم يتزوج امه حتى يتبين
امره لانه ان كان انثى فقبله بعد ما راهق يثبت حرمة المصاهرة فيكون امه حراما عليه

لبد الخنثيه

بعلم

[redacted]

من هذا الوجه وترك نكاح امراة تحل له اولى من نكاح امراة هي محرمة عليه وان زوجه
ابوه رجلا او امراة فلا علم لي بنكاحه فهو موقوف الى ان يبلغ لان الذكر يدخل في النكاح دخول
الملك والانثى تصير مملوكة بالنكاح ولا يمكن اثبات واحد من الوصفين في حقه من غير دليل
ولا وجه لابطال المولى في حال قيام ولايته ما لم نعلم انه لم يصادف محله فلهذا كان موقوفا
الى ان يبلغ فان ظهرت فيه علامة الرجال وقد زوجه ابوه او امراة حكم بصحة النكاح من حين
عقد الاب لانه تبين ان تصرفه صادف محلا وان لم يصل اليها يؤجل كما يؤجل العنين وان
كان زوجه رجلا ثم ظهرت علامة الرجال لم يتبين ان هذا التصرف لم يصادف محله
فكان باطلا واذا زوج صبي من خنثى وهما مشكلان على ان احدهما رجل والاخر امراة لم
اجز النكاح ولم ابطله حتى يتبين امرهما ان العقد صدر من الوليين فلا احكم ببطلانه ما لم
نعلم انه لم يصادف محله ولا احكم بجوازه لتوهم كونهما انثيين او ذكرين او على عكس ما
ذكر الوليان واذا ماتا لا يتوارثان لان الارث انما يكون بعد الحكم بالصحة وان قذفه
رجل فلا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفهما رجل وهذا لان القاذف
لا يستوجب الحد بنسبة الرجل الى فعل يباشره ونسبة المراة الى التمكين من فعل يباشر غيرها
ومع اشتباه الامر يتحقق السبب ولا يدرى ان قاذفه الى اي فعل نسبه فان كان قد نسبه الى
مباشرة الفعل وهو امراة كان قد نسبه الى محال ما هو قاصر في حقه غير موجب للحد عليه
وعند اشتباه الامر لا يكون متمكنا من اقامة الحد على القاذف وذكر في الزيادات ولذلك
لو قذف رجل الخنثى المشكل لا يجب الحد لانه قذف غير محصن لان البلوغ من احدى
شرائط احصان القذف كالاسلام والخنثى المشكل قبل البلوغ على ما عليه الظاهر وقذف
غير المحصن لا يوجب الحد على القاذف واما اذا كان القذف بعد بلوغ الخنثى بالسن ولكن
لم تظهر فيه علامة يستدل بها على انه ذكر او انثى بعد قذف الخنثى رجلا او قذفه رجل
قال في الكتاب هذا والاول سواء قال مشايخنا اذا هذه التسوية السوية في حق قاذف
الخنثى فانه لا حد على قاذف الخنثى لا قبل البلوغ ولا بعد البلوغ اذا كان بحاله بعد البلوغ
مشكلا لان الخنثى وان صار مشكلا بالبلوغ الا انه اذا لم يظهر عليه علامة الانوثة او الذكورة
يجوز ان يكون رجلا او امراة فان كان رجلا فهو بمنزلة المجبوب فانه يمكن ان يجامع كالمجبوب وان
كانت امراة فهي بمنزلة المراة الرتقاء فلا يجامع كالرتقاء ومن قذف رجلا مجبوبا او امراة
رتقاء لا حد عليه لما مر في كتاب القذف واما اذا كان الخنثى هو القاذف وقد قذف
رجلا قبل البلوغ لا حد عليه لانه صبي او صبية وبعد البلوغ يجب عليه الحد لانه بمنزلة مجبوب
بالغ او رتقاء بالغة والمجبوب البالغ او الرتقاء البالغة اذا قذف انسانا يجب عليه الحد
وذكر في المبسوط واذا قطع الرجل يد او امراة قبل ان يستبين امره فلا قصاص على القاطع
لان حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة والانوثة ولا يجري القصاص بين الرجال
والنساء في الاطراف فان كان القاطع رجلا يجب القصاص اذا كان المقطوع رجلا وان كان القاطع
امراة لم يجب القصاص اذا كان هو رجلا فعند الاشتباه يتمكن فيه الشبهة والقصاص
يندرئ بالشبهات وبه فارق القصاص في النفس فانه لا يختلف بالذكورة والانوثة سواء قتله
رجل او امراة كان عليه القصاص لتيقننا بوجوبه وتقرر سببه ولو قطع هذا الخنثى يد
رجل او امراة لم يكن عليه قصاص ولكن الدية على عاقلته لانه صغير لم يبلغ فعمده وخطاه
سواء وما ورث الخنثى من الولاء العتق ما لم يستبين امره لانه في حكم الانثى ولو اوصى رجل بما في
بطن امراة بالف درهم ان كان غلاما وخمسمائة ان كان انثى فولدت خنثى فله الاقل حتى يتوقف خمسمائة الى
قولنا حتى يتبين امره لان الوصية اخت الميراث وقد جعلناه في الميراث انثى ما لم يستبن امره وهذا
لانا لا نعطيه الا المتيقن به والمتيقن به هو الاقل وفي قياس قول الشعبي ينبغي ان يكون له نصف
ونصف لانه يجعل الخنثى في الميراث بمنزلة نصف رجل ونصف امراة وكذلك في الوصية وهذا
لان اعتبار الاحوال عند الاشتباه اصل معتبر في الشرع وذكر في الزيادات ولا يجوز ذلك

حتى

[illegible]

ابستادي

استادي الحاذق الماهر البارع الناهر فاتح العويصات المنهية كاشف المشكلات المكملة
سلطان اهل الحقايق معدن الدلايل والدقايق فخر الدين المادعي رضي الله عنه واثابه
الجنة مع اصحابي المتنهين في انواع العلوم المبرزين في فنح المكتوم فانهم كانوا يوردون في وطيفة
السبق من الاسئلة الراجحة ومن اسئلة الاحاجي التي من حدة كالجدة الخاصه وكنت على حنق
لما اوردوا مين فقدان تلك الكتب وتمنى على عيني بلوح الى انضاحن تلك الشهب وكان يحصن
ما في صدري من اللهبان ولكن حيل بين العير والنزوان ولما يتيسر ذلك المتمنى حصولا وانفسخ
العنم نصولا ملا ازداد على ما طالعوا عليه من الكتب باصابة ازديادا واعلى امرا الاتفاق عن ما
كانوا عليه اعتمادا وانتقادا بواسطة كتب شيخي العالم الرباني العامل الصمداني فخر الحاج والحرمين
استاذ اهل الخافقين مولانا حافظ الدين البخاري شكر الله مساعيه ورزقه مبتغاه وامنيته
وصيت الاوطار ما بلغ ما فوق همته لشفيا لوحر الصدور الكامل واستصارا لدرك النار القاطر
وابلاجا لصدري ولسن صدري بتلجلج وابهاجا لمن يضطرب قلبه وترجيح موقع لذلك ما جرى به
طول الدليل من السؤال والجواب واوسع الكشف في البيان ولحصب الجنان والثاني ان شيخي هذا
رضي الله عنه فوض الى الفتوى وخصني من بين اصحابي بهذه الحذوة حال عنفوان شبابي بنيابة
عن نفسه المطمئنة وذاته المرتفعة المرضية حين صار هو مدارا للفتوى شرقا وغربا ومرجعا
لحل مشكلات اهل البلاد الدانيه والشاسعه بهما وبهما والمقتبسون من انوار علمه متوافرون
والمستفيدون من فنون فضله متكاثرون وطالما كنت اتعب نفسي في طلب المختار من اجوبة
الحوادث النزعية والنوازل الفقهية على وجه تميز صحيحها من فاسدها وراجحها من كاسدها
فربما كان لا يتفق ما اعنيه من ذلك الاوان ولم اظفر بما ينبه بلج صدرا الاسلام ولما ظفرت
الان بما فقدت في تلك الحالة وما ملت لسوء الكفالة واوردت ما يوس مسالة الكتاب
ايضاحا واتقانا ولم نقتصر فيما يحتاج اليه احكاما وارصانا فلذلك مرت لتحقي هذه حاجة للدراية
والدراية وناصية للبيان موضح لما انغلق من الهداية وصارت عدة عتيدة في الفتوى والجواب
وسكينة حاضرة عن ابتلي بمن يلج بالسؤال والخطاب ولما ان الوعد كان قد سبق مني في صدر الكتاب
بتميم المعشر وشرح الخطاب بما لو قصرت فيه لعزيت الى المثل مضروبا في ما قيل وهو رب سبعة
العس وهذا الاخلاف في الاعار والاخلال بالاعار فلذلك رفع ما وقع من الشرح الشافي
والكشف الكافي ولكن مع ذلك اعلم علما لا يسوبه شيء من الريب فلم طمعا ان يطعن في ما جهدت
فيه بالقدح والعيب والما لو اعصا ما هد واتابه الدهدن للمرع وذلك مما عادر وهيه لا بد
وهم في ذلك غير محرم بشيء يخرجه وطوبت ذكرهم وملـــــه اعلم انما احلت اليه
من اسامي الكتب بجوعا مين الاثنين فصاعدا والمراد منه مهوان لا ينقلب المحال في تلك الكتب
مكررا بل نقا ما ذكر فيها احسن بحرا وما ذكر كذا في المبسوط وغيره فالمراد منه عمدة البحر في
لفظه وشرحه وما ذكر بلفظ هذا مما اشار اليه فالمراد مما وقع نوع تغيير لمعنى المدية وما ذكر من
لفظ الشيخ فالمراد منه الاستاد منه الاستاذ العالم مولانا حافظ الدين البخاري رضي الله عنه
واثابه الجنة وما ذكر من لفظ الاستاذ فالمراد الامام المحقق مولانا فخر الدين المايرعي رحمه الله
وما اوردوه من الاسالة بلفظ بنا الفاعل والمفعول فهو على طريقة ما ذكره في الواصل في
بل الاصل المفعول غير اني التبنت شبهات الختم في بعض المواضع لما سمن بنا الفاعل من
الفاعل من السؤال للتحصيص من رغبته السؤال في محافل الجدال وما ذكره من المبسوط مطلقا
فهو من المستمر من بين المباهر في المبسوط المنسوب الى العالم الرباني والمحقق الصمداني شمس الايمة
السرخسي رحمه الله وجزاه عني خير الجزاء الكامل في بيان الحق والباطل والمطلق منصرف الى
الكامل مستوفيا من الله الصواب فيما اكتب واجيب وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب
يقول المصنف جامع النهاية في شرح الهداية حسين بن علي بن حجاج بن علي السغناقي عفى
الله له ولوالديه لما ساعدتني ساعدة الامور الاتفاقية وقت الرجوع من الحجاز اسرى لما كان
يصدني من المصاد والخذلان حتى او فحنني الى بيت الكرم والشرف ومعدن الجود واللطف وهو

محمود افندي

وهو بيت الكرم الولد الاعز الاكرم النجيب الافضل النسيب امام ابن الامام سلالة كرام الانام
مجمع محاسن الخلقة والكرامة معدن فضايل الصفوة والنجابة الجامع لفضايل شتى في حداثة
سنه وعنفوان شبابه والحايز بعض سبق الكرامة بكمال نصاب من الخلق الحسن والكياسة
الباطنة والعلم الغزير مع السكينة الهادية قاضي القضاة الامام ناصر الدين ابو عبد الله محمد بن القاضي
كمال الدين ابي حفص عمر بن القاضي عز الدين ابي البركات عبد العزيز بن العديم من ابي جرادة
الحنفي اعلاه الله جل جلاله كل يوم وسموه وقرن غصون المنى رواحه وغدوه

فانه سلمه الله التمس مني ان التمس حين ان اتوفق في نسخة الموصوف
ما الذي المعروف بمعدن الحل والحرم حتى يحصل له نسخة النهاية في
شرح الهداية فاجبته الى ذلك وكتبت اولها واخرها سوى
كلون له تذكرة مني من بعدي ثم اني اجزت له ان يروي
عني جميع مجموعاتي ومولفاتي خصوصا وروى
ايضا ما كان لي فيه حق الرواية من الائمة رحمهم
الله عموما من الكتب الاسلامية والاحاديث النبوية
وكان هذا في عشر شهر الله المعظم رجب من
شهور سنة احد عشر وسبعمائة
وحسبي الله ونعم الوكيل نعم المولى ونعم
النصير والحمد لله رب العالمين
وصلى الله على سيدنا محمد واله
وازواجه الطيبين الطاهرين
ورضي الله عن صحابة رسول
الله اجمعين وسلم
تسليما كثيرا
دائما ابدا
الى يوم
الدين

وكان الفراغ من كتابة هذا الجزء وما قبله على يد افقر عباد الله الى رحمته اسمعيل بن احمد الطرابلسي الحنفي
في يوم الثلاث في العشر الاخر من الشهر الثاني عشر من العام السادس من العشر السادس من القرن العاشر من الهجرة النبوية
على صاحبها افضل الصلوة والتسليم

اني سالتك بالله الذي خضعت ۞ له السموات فهو الواحد الباري
مهما تصفحته استغفر لكاتبه ۞ لعل كاتبه ينجو من النار

وان تجد عيبا فسد الخللا ۞ جل من لا فيه عيب وعلا

أ